

# **Die Interessen der GmbH-Gesellschafter bei der Rechtsdurchsetzung**

**Unter besonderer Berücksichtigung der Zwangsvollstreckung  
durch Gesellschafter-Gläubiger sowie der Durchsetzung der  
innergesellschaftlichen Treupflicht**

Daniel Kreuzmann

Die Interessen der GmbH-Gesellschafter bei der Rechtsdurchsetzung –  
Unter besonderer Berücksichtigung der Zwangsvollstreckung durch Gesellschafter-  
Gläubiger sowie der Durchsetzung der innergesellschaftlichen Treupflicht

## **Inaugural-Dissertation**

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

vorgelegt von Daniel Kreutzmann  
aus Hannover

Datum: 23. Februar 2017

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Thomas Klicka

Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Ingo Saenger

Dekan: Prof. Dr. Janbernd Oebbecke

Tag der mündlichen Prüfung: 21. November 2017

**D 6**

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2017

**Daniel Kreutzmann**

**Die Interessen der GmbH-Gesellschafter  
bei der Rechtsdurchsetzung**



Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

## **Reihe III**

**Band 27**

**Daniel Kreutzmann**

# **Die Interessen der GmbH-Gesellschafter bei der Rechtsdurchsetzung**

Unter besonderer Berücksichtigung der Zwangsvollstreckung  
durch Gesellschafter-Gläubiger sowie der Durchsetzung der  
innergesellschaftlichen Treupflicht

## 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>

Daniel Kreutzmann

„Die Interessen der GmbH-Gesellschafter bei der Rechtsdurchsetzung. Unter besonderer Berücksichtigung der Zwangsvollstreckung durch Gesellschafter-Gläubiger sowie der Durchsetzung der innergesellschaftlichen Treupflicht“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 27

Verlag readbox publishing GmbH – readbox unipress, Münster

<http://unipress.readbox.net>

Zugl.: Diss. Universität Münster, 2017

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

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

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



ISBN 978-3-8405-0172-2

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-80229517980

(elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2018 Daniel Kreutzmann

Alle Rechte vorbehalten

Satz: Daniel Kreutzmann

Umschlag: readbox unipress



*Meinen Eltern*





# Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2017 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur konnten bis November 2017 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Thomas Klicka für die Betreuung meiner Promotion und das entgegengebrachte Vertrauen.

Herrn Professor Dr. Ingo Saenger danke ich sehr herzlich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Für die tapfere und gründliche Durchsicht des Manuskriptes danke ich meinem alten Freund und Mitstreiter Moritz Maier sowie meinen Eltern, Martina Graupner-Kreutzmann und Axel Kreutzmann. Meinen Eltern gilt schließlich für die bedingungs- und in jeder Hinsicht grenzenlose Unterstützung bei all meinen Vorhaben mein größter Dank.

Ihnen widme ich diese Arbeit.

Hamburg, im Dezember 2017

Daniel Kreutzmann



# Inhaltsübersicht

Teil 1	Einleitung .....	1
A.	Problemaufriss .....	1
B.	Stand der Forschung.....	3
C.	Gang der Untersuchung .....	4
Teil 2	Bestandsaufnahme Interessengeflecht .....	7
A.	Das vollstreckungsrechtliche Spannungsfeld zwischen Schuldner- und Gläubigerinteressen.....	7
I.	Die grundsätzliche Abwägung der Interessen .....	7
II.	Formalisierungsgrundsatz und Kompetenzen der Vollstreckungsorgane .....	23
III.	Absicherung durch einstweiligen Rechtsschutz .....	25
B.	Interessenlage in der GmbH.....	29
I.	Überblick: Mannigfaltigkeit der GmbH und Strukturmerkmale ..	29
II.	Charakteristika und typische Interessenschwerpunkte der GmbH.....	33
III.	Bewertung der Befunde und Zwischenergebnis .....	63
Teil 3	Rechtsprobleme bei der Rechtsdurchsetzung an der Schnittstelle zum GmbH-Recht .....	69
A.	Problemkreis: Die Vollstreckung in den Geschäftsanteil .....	69
I.	Das Verfahren .....	69
II.	Das Pfändungspfandrecht .....	73
III.	Problematische Pfändungen im Übrigen .....	108
B.	Problemkreis: Willensbildung und Beschlussfassung .....	125
I.	Grundsatz: Freie Stimmrechtsausübung und begrenzte Kontrollrechte .....	125
II.	Beschlussfassung und Treupflicht .....	135
III.	Zwischenergebnis .....	210
Teil 4	Zusammenfassung und Lösungsansätze .....	213
A.	Interessenlage der GmbH in der Zwangsvollstreckung und anderweitiger Rechtsdurchsetzung .....	213
I.	Bestandsaufnahme .....	213
II.	Praktische Folgen der vorherrschenden Praxis.....	221
B.	Ausgleich von Individual- und Kollektivinteressen über die allgemeinen Grundsätze des Zwangsvollstreckungsrechts.....	228
I.	Auslegungsmöglichkeiten und Grenzen .....	228
II.	Zwischenergebnis .....	255
C.	Thesen und Lösungsvorschläge im Einzelnen.....	256
	Literaturverzeichnis.....	259



# Inhaltsverzeichnis

Teil 1	Einleitung .....	1
A.	Problemaufriss .....	1
B.	Stand der Forschung.....	3
C.	Gang der Untersuchung .....	4
Teil 2	Bestandsaufnahme Interessengeflecht .....	7
A.	Das vollstreckungsrechtliche Spannungsfeld zwischen Schuldner- und Gläubigerinteressen.....	7
I.	Die grundsätzliche Abwägung der Interessen .....	7
1.	Grundsätzliche Bedeutung der Zwangsvollstreckung .....	7
2.	Verfassungsrecht.....	8
3.	Entwicklung in der Rechtsprechung zum Verfassungsrecht ....	10
a.	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts.....	10
b.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes .....	12
4.	Die Ausgestaltung des Zwangsvollstreckungsrechts.....	13
a.	Spezielle Ausprägungen des Schuldnerschutzes .....	14
b.	§ 765a ZPO als schuldnerschützende Generalklausel .....	16
c.	Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit .....	20
d.	Interessen Dritter.....	21
II.	Formalisierungsgrundsatz und Kompetenzen der Vollstreckungsorgane .....	23
1.	Grundsatz: Formalisiertes Verfahren.....	23
2.	Prüfungskompetenzen der Vollstreckungsorgane .....	24
III.	Absicherung durch einstweiligen Rechtsschutz .....	25
1.	Zweck und Merkmale .....	25
2.	Interessen der Beteiligten.....	27
B.	Interessenlage in der GmbH.....	29
I.	Überblick: Mannigfaltigkeit der GmbH und Strukturmerkmale ..	29
1.	Vielfalt durch Flexibilität.....	29
2.	Charakteristische Strukturmerkmale .....	30
II.	Charakteristika und typische Interessenschwerpunkte der GmbH.....	33
1.	Gesellschafterstruktur .....	33
a.	Gesellschafterkreis.....	33
b.	Verhältnis der Gesellschafter untereinander.....	36
c.	Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft.....	36
aa.	Die Bedeutung der Mitarbeit in der Gesellschaft.....	37
bb.	Die „Tätigkeitsgemeinschaft“ im historischen Kontext .....	38
cc.	Arbeitsplatz und Lebensmittelpunkt.....	41

dd. Verzahnung von Tätigkeit und korporativer Organisation .....	41
(1) Mitarbeiterbeteiligungen .....	42
(2) Koppelungsklauseln .....	43
(a) Geschäftsführerdienstvertrag und Organstellung .....	43
(b) Weitergehende Überlegung: Gesellschafterstellung und Anstellung (Mitarbeit) .....	44
2. Unternehmensführung .....	45
a. Selbst- und Fremdorganschaft .....	45
aa. Selbstorganschaft als Regelfall .....	45
bb. Homogenität der Geschäftsführung .....	46
b. Entscheidungsfindung: Kompetenzen und unternehmerische Ausrichtung .....	47
aa. Kompetenzverteilung und Beschlussfassung .....	47
(1) Rechte der Gesellschafter .....	48
(2) (Fakultativer) Aufsichtsrat .....	49
bb. Einflussnahmen Dritter .....	50
(1) Zulässigkeit von Weisungsbefugnissen Dritter .....	50
(2) Stimmbindungen .....	51
(3) Sonderkonstellation: Bestellung eines Notgeschäftsführers .....	52
cc. Entscheidungen der Unternehmensführung .....	53
(1) Ausrichtung und Unternehmenspolitik .....	53
(2) Unternehmerisches Ermessen und Beurteilungsspielräume .....	54
dd. Heranziehung der betriebswirtschaftlichen Forschung zur Entscheidungsfindung .....	56
3. Ausgestaltung des Unternehmens .....	57
a. Satzungshoheit .....	58
aa. Privatautonomer Aufbau .....	58
bb. Überblick: Zulässigkeit statutarischer Abwehrmechanismen .....	60
b. Gesellschaftervereinbarungen .....	62
III. Bewertung der Befunde und Zwischenergebnis .....	63
1. Gemeinsame Interessen als Leitmotiv .....	63
2. Kongruenz von Arbeitsplatz und Gesellschafterstellung .....	64
3. Flexibilität schafft Abhängigkeiten .....	65
4. Komplexität der Willensbildung und unternehmerische Handlungsfähigkeit .....	66

Teil 3	Rechtsprobleme bei der Rechtsdurchsetzung an der Schnittstelle zum GmbH-Recht .....	69
A.	Problemkreis: Die Vollstreckung in den Geschäftsanteil .....	69
I.	Das Verfahren .....	69
	1. Darstellung .....	70
	2. Zur Drittschuldneigenschaft der GmbH .....	72
II.	Das Pfändungspfandrecht .....	73
	1. Darstellung .....	73
	2. Rechtsfragen .....	74
	a. Der Umfang der Pfändung: Die Reichweite des Verfügungsverbots.....	74
	aa. Diskutierte Fallgruppen von Verfügungen.....	74
	bb. Diskutierte Formen zulässiger Stimmrechtsausübung ...	78
	cc. (Kein) Sonderfall Strukturmaßnahmen .....	80
	(1) Kapitalherabsetzungen .....	81
	(2) Kapitalerhöhungen.....	82
	b. Der Umfang der Pfändung: (Keine) Erstreckung auf den Gewinn.....	83
	aa. Darstellung der herrschenden Meinung.....	83
	bb. Würdigung und Konsequenzen .....	83
	c. Weitergehende Überlegung: Auswirkungen der Zwangsvollstreckung auf die Beschlussfassung zur Gewinnverwendung.....	84
	aa. Recht auf Rechnungslegung .....	85
	bb. Recht auf Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses.....	85
	(1) Aufstellung des Jahresabschlusses – Meinungsstand.....	85
	(2) Aufstellung des Jahresabschlusses – Stellungnahme .....	86
	(3) Feststellung des Jahresabschlusses – Meinungsstand.....	87
	(4) Feststellung des Jahresabschlusses – Stellungnahme .....	88
	cc. Recht auf Beschlussfassung über Gewinnverwendung.....	89
	(1) Darstellung der herrschenden Auffassung .....	90
	(2) Würdigung und Konsequenzen .....	90
	dd. Möglichkeiten der Einflussnahme durch den Gläubiger .....	91
	ee. Zwischenergebnis .....	92
	d. Die Stellung der Gesellschaft: Auskunftspflicht, § 840 Abs. 1 ZPO.....	92
	aa. (Begrenzter) Umfang der Auskunftspflicht.....	92



bb. Durchsetzung und Schadensersatz .....	93
cc. Kostentragung – Meinungsstand.....	94
dd. Kostentragung – Stellungnahme .....	95
3. Die Verwertung .....	96
a. Die Anordnung der Verwertung, § 844 ZPO .....	96
aa. Die Darstellung der herrschenden Meinung .....	96
bb. Würdigung und Konsequenz.....	97
b. Angemessenheit der Verwertung .....	98
aa. Forderung nach einem Angemessenheitserfordernis .....	99
(1) Angemessene Relation von Anteilswert und Erlös als Verschleuderungsschutz .....	100
(2) (Keine) Berücksichtigung von Drittinteressen .....	101
bb. Bewertung des Geschäftsanteils.....	101
(1) Anwendung der Grundsätze der Unternehmensbewertung .....	102
(2) Herstellung eines Gleichlaufs mit satzungsmäßigen Abfindungsregelungen? .....	102
cc. Problemkreis: Ermessensspielraum des Gerichts .....	103
(1) Befugnis zur modifizierten Anordnung und Parteidisposition.....	103
(2) Berücksichtigung von Schuldner- und Drittinteressen .....	104
(a) Problemaufriss .....	104
(b) Würdigung .....	105
c. Mitwirkungserfordernis aus § 844 Abs. 2 ZPO .....	107
III. Problematische Pfändungen im Übrigen.....	108
1. Pfändung einer Stammeinlage.....	108
a. Die Einzahlung auf die Geschäftsanteile .....	108
b. Pfändungsbedingte Begrenzung der Freiheit der Gesellschafter .....	109
c. Kapitalerhaltungsgrundsatz und Vollstreckungsrecht .....	110
aa. Meinungsstand zum Vollwertigkeitsprinzip .....	110
(1) Traditionelle Auffassung.....	110
(2) Abweichende Stimmen .....	111
bb. Stellungnahme.....	112
cc. (Kein) Sonderfall: Erstattungsansprüche der Gesellschaft .....	114
2. Pfändung des Einsichts- und Informationsrechts, 51 a GmbHG .....	114
a. Bedeutung und Umfang der Rechte .....	114
b. Meinungsstand .....	115
aa. Verwaltung der Einsichts- und Informationsrechte .....	115
bb. (Hilfsweise) Pfändbarkeit.....	117
(1) Vorherrschende Auffassung im Schrifttum .....	117

(2) Abweichende Ansätze im Schrifttum.....	117
(3) Rechtsprechungspraxis – insbesondere der BGH- Beschluss vom 29.4.2013 .....	119
cc. Stellungnahme .....	120
c. Zwischenergebnis .....	124
B. Problemkreis: Willensbildung und Beschlussfassung .....	125
I. Grundsatz: Freie Stimmrechtsausübung und begrenzte Kontrolldichte .....	125
1. Inhaltliche Grenzen.....	126
2. Diskussion der gerichtlichen Kontrolldichte .....	126
a. Begrenzte Kontrolldichte durch Beschlussautonomie der Gesellschafter.....	126
b. Abweichende Auffassungen .....	127
c. Entbehrlichkeit einer Stellungnahme.....	129
3. Weitergehende Überlegungen zur Stimmrechtsausübung und dem unternehmerischen Ermessen .....	129
a. Gerichtliche Kontrolldichte und unternehmerisches Ermessen.....	130
b. Beschneidung des unternehmerischen Ermessens bei der gerichtlichen Kontrolle durch die Annahme gebundener Entscheidungen.....	131
c. Eigener Ansatz: Anerkennung eines tatbestandlichen Ermessens im weiteren Sinne .....	132
4. Zwischenergebnis .....	135
II. Beschlussfassung und Treupflicht .....	135
1. Treuwidrige Willensbetätigung .....	135
a. Allgemeiner Umfang der Treupflicht und Herleitung von Stimmpflichten.....	136
b. Weitergehende Überlegung: Sonderrechte und Beschlussfähigkeitsquoten .....	138
c. Umfang der Zustimmungspflicht.....	140
aa. Grundsatz und Fallgruppen .....	140
bb. Bedürfnis der Konturierung der Stimmpflicht .....	141
cc. Konturierung der Stimmpflicht .....	146
(1) Rechtsprechungspraxis: Kriterium „dringender Gebotenheit“ / „Notwendigkeit“ .....	146
(2) Ansatz von Winter .....	151
(3) Ansatz von Seidel .....	153
(4) Ansatz von Weller .....	153
(5) Eigener Ansatz zur Konturierung.....	154
(a) Fälle einer Verpflichtung zur Beschlussfassung.....	155
(b) Fälle beschlussimmanenter gesetzgeberischer und statutarischer Wertungen.....	156

(c)	Treupflicht und unternehmerisches Ermessen..	157
(aa)	Tatbestandliche Berücksichtigung des unternehmerischen Ermessens.....	158
(bb)	Lösungsansatz: Konturierung der Stimpfpflicht durch unternehmerisches Ermessen.....	161
(d)	Kein allgemeiner Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.....	163
dd.	Zwischenergebnis Konturierungserfordernis/Konturierung .....	164
2.	Prozessuale Konsequenzen .....	165
a.	Rechtsfolge bei treuwidriger Stimmrechtsausübung .....	165
aa.	Das vorherrschende Nichtigkeitsdogma .....	165
bb.	Auswirkungen und Würdigung.....	167
cc.	Zwischenergebnis und Folgen für die weitere Prüfung.....	174
b.	Erkenntnisverfahren .....	174
aa.	Denkbare Verfahrenskonstellationen.....	174
bb.	Behandlung von Sonderrechten und Beschlussfähigkeitsquoten.....	177
cc.	Zwischenergebnis.....	179
c.	Anspruchsdurchsetzung und vollstreckungsrechtliche Behandlung.....	180
aa.	Abgrenzung: Notwendigkeit und Entbehrlichkeit der Vollstreckung .....	180
(1)	Verfahrenskonstellationen .....	180
(2)	Das Verhältnis von positiver Beschlussfeststellungsklage und § 894 ZPO .....	181
(a)	Beschlusskorrektur durch Feststellungsklage dem Grunde nach möglich.....	181
(b)	Meinungsgeflecht: Erfordernis der Leistungsklage .....	182
(aa)	Zum Drittschutz bei der positiven Beschlussfeststellungsklage.....	183
(bb)	(Kein Sonderfall) Stimmbindung – Anspruch auf erneute Beschlussfassung?..	184
(cc)	Erhebung der Leistungsklage zur Wahrung des rechtlichen Gehörs.....	185
(dd)	Zwischenfazit.....	188
(c)	Zwischenergebnis .....	189
bb.	Vollstreckungstechnik und (begrenzter) Anwendungsbereich des § 894 ZPO .....	189
cc.	Zwischenergebnis und Folgen .....	192
d.	Einstweiliger Rechtsschutz .....	192

aa. Zulässigkeit.....	193
(1) Grundsatz: Eingeschränkte Anwendbarkeit im GmbH-Recht.....	194
(2) Meinungsstand zum einstweiligen Rechtsschutz bei (treuwidriger) Stimmrechtsausübung .....	195
(a) Anwendungsbereich .....	195
(b) Würdigung der vorherrschenden Auffassung und Streitentscheid .....	197
(c) Lösungsansatz: Antragsbezogene Interessenabwägung .....	201
(3) Folgeproblem: Zum Verhältnis von einstweiliger Verfügung und Zwangsvollstreckung .....	204
(a) Meinungsstand zur Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nach § 894 ZPO .....	205
(b) Stellungnahme .....	206
(c) Zwischenfazit: Anspruchsdurchsetzung im Wege der einstweiligen Verfügung.....	208
bb. Zwischenergebnis .....	209
III. Zwischenergebnis .....	210
Teil 4 Zusammenfassung und Lösungsansätze .....	213
A. Interessenlage der GmbH in der Zwangsvollstreckung und anderweitiger Rechtsdurchsetzung .....	213
I. Bestandsaufnahme .....	213
1. Vollstreckung in den Geschäftsanteil .....	213
a. Integritätsinteresse und Abschirmungsbestreben .....	213
b. Souveränitätsinteresse.....	214
c. Geheimhaltungsinteressen .....	215
d. Substanzinteresse .....	216
e. „Existenzinteresse“ .....	217
f. Überblick: Interessenlage in anderen Rechtsformen .....	217
2. Willensbildung und Beschlussfassung .....	219
3. Satzungsautonomie .....	220
II. Praktische Folgen der vorherrschenden Praxis.....	221
1. Auswirkungen auf die Interessen in der GmbH .....	221
a. Befunde .....	221
b. Schlussfolgerungen.....	224
2. Prozessuale Konsequenzen.....	227
B. Ausgleich von Individual- und Kollektivinteressen über die allgemeinen Grundsätze des Zwangsvollstreckungsrechts.....	228
I. Auslegungsmöglichkeiten und Grenzen .....	228
1. Diskutierte Erweiterungen des Schuldnerschutzes.....	228
a. Ansatz von Wieser: Geeignetheit .....	228
b. Sondervotum Böhmers zum BVerfGE 49, 220 .....	228

c. Ansatz von Wieser: Verhältnismäßigkeit .....	229
d. Ansatz von Vollkommer .....	230
e. Ansatz von Schuschke.....	230
f. Ansatz von Ahrens .....	231
g. Bewertung .....	231
aa. Ansätze zur Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.....	232
bb. Ansatz zur Aufwertung der Kompetenzen im Verfahren.....	235
2. Die erweiternde Auslegung des bestehenden Schuldnerschutzes .....	239
a. Die Zulässigkeit einer Erweiterung.....	239
b. Gebotenheit – Für und Wider der Erweiterung des bestehenden Schuldnerschutzes .....	240
3. Anknüpfungspunkt: Drittinteressen .....	246
a. Berücksichtigung nachteiliger Folgen bei Dritten .....	246
b. Übertragung des Schuldnerschutzes auf Dritte .....	248
aa. Meinungsstand zur Geltendmachung von Einwendungen durch Dritte .....	248
bb. Stellungnahme.....	250
cc. Stärkung des Drittschuldnerschutzes als solchem .....	251
4. Berücksichtigung von wirtschafts- und ordnungspolitischen Überlegungen?.....	252
a. Im materiellen Gesellschaftsrecht (insb. Schmidt und Schulte).....	253
b. Hinsichtlich Maßnahmen der Zwangsvollstreckung .....	254
II. Zwischenergebnis .....	255
C. Thesen und Lösungsvorschläge im Einzelnen .....	256
Literaturverzeichnis .....	259

# Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
a.F.	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AG	Amtsgericht
AG	Die Aktiengesellschaft – Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AktG	Aktiengesetz
allg.	allgemein/e/er
Alt.	Alternative
amtl.	Amtlich
Anh.	Anhang
AnwBl	Deutsches Anwaltsblatt
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVerfGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BeckOK	Beck'scher Online Kommentar
BeckRS	Beck'sche Rechtsprechungssammlung
Begr.	Begründer
betr.	betreffend
BewG	Bewertungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Bsp.	Beispiel
bspw.	Beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa

Darst.	Darstellung
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitschrift
d.h.	das heißt
dies.	dieselbe
DNOTZ	Deutsche Notarzeitschrift
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
DStR	Deutsches Steuerrecht
Einl.	Einleitung
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
Fußn.	Fußnote
FS	Festschrift
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
gem.	gemäß
GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesR	Gesellschaftsrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co KG.	Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Compagnie Kommanditgesellschaft
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
grds.	Grundsätzlich
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVGA	Geschäftsweisung für Gerichtsvollzieher
Hdb.	Handbuch
HdbZV	Handbuch der Zwangsvollstreckung
HGB	Handelsgesetzbuch
HK-ZPO	Nomos Handkommentar Zivilprozessordnung
HK-ZV	Nomos Handkommentar Zwangsvollstreckungsrecht
h.M.	herrschende/r Meinung
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz

IdW	Institut der Wirtschaftsprüfer
i.E.	im Ergebnis
InsO	Insolvenzordnung
InvG	Investmentgesetz
i.V.m.	in Verbindung mit
InVo	Insolvenz und Vollstreckung
JurBüro	Das Juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
KG	Kommanditgesellschaft
KMU	kleine und mittelständische Unternehmen
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LMK	Lindenmaier Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
MarkenG	Markengesetz
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht
Mio.	Million/en
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen
MontanMitbestG	Montanmitbestimmungsgesetz
MontanMitbestErgG	Montanmitbestimmungs-Ergänzungsgesetz
MüKo	Münchener Kommentar
MünchHdbGesR	Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtssprechungsreport Zivilrecht
Nr.	Nummer
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZM	Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
ÖGmbHG	Österreichisches Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLG-NL	OLG-Rechtsprechung Neue Länder
OLGR	OLG-Report
PatG	Patentgesetz
RegE	Regierungsentwurf



RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer
Rpfleger	Der Rechtspfleger
Rspr.	Rechtsprechung
RT	Reichstag
S.	Seite
S.	Satz
s.	siehe
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte
Sp.	Spalte
StenBer.	stenographische Berichte
u.a.	unter anderem
UG	Unternehmergeellschaft
UrhG	Urhebergesetz
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom
Var.	Variante
VersR	Versicherungsrecht
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
Vorb.	Vorbemerkung
WM	Wertpapiermitteilungen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuM	Wohnungswirtschaft und Mietrecht
z.B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
z.T.	zum Teil
ZV	Zwangsvollstreckung
ZVG	Zwangsversteigerungsgesetz
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

## Teil 1 Einleitung

Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist mit 1.219.251 Gesellschaften nicht nur die häufigste Rechtsform in Deutschland, sondern gleichzeitig die einzige Rechtsform mit stetig wachsender Anzahl.<sup>1</sup> Insbesondere aufgrund ihrer Vielseitigkeit erfreut sie sich großer Beliebtheit. Daher eignet sie sich in zweifacher Hinsicht für die folgende Ausarbeitung: Ihre Häufigkeit führt zu hoher praktischer Relevanz und ihre Flexibilität macht sie zu einem mannigfaltigen Rechtsobjekt.

Die Beteiligung einer GmbH oder ihrer Gesellschafter in den unterschiedlichen denkbaren Konstellationen der Rechtsdurchsetzung bot seit jeher Streitstoff für Diskussionen. Die rechtliche Bewertung des materiellen Rechts und dessen prozessuale Handhabung sind dabei häufig untrennbar miteinander verwoben und beeinflussen sich mitunter wechselseitig. Die Rechtswissenschaft, Rechtsprechung und auch Gesetzgebung stehen dabei im ständigen Dialog und sind noch nicht zur Ruhe gekommen.<sup>2</sup> Eine besondere Rolle kommt dabei den zugrundeliegenden Interessen der Beteiligten zu, deren angemessener Ausgleich stets die treibende Kraft für Änderungsbestrebungen ist, jedoch bisweilen nicht hinreichend untersucht wurde.

### A. Problemaufriss

Die GmbH ist ein praktisch vielfältiges Rechtssubjekt, welches sich durch ein komplexes Geflecht aus unterschiedlichen Interessen und Zielsetzungen auszeichnet. Wird nun von außen, gleich in welcher Form, in das Gefüge eingegriffen, drohen Beeinträchtigungen sowohl für die einzelnen Gesellschafter als auch für die Gesellschaft. Eine solche Einflussnahme ist einerseits denkbar, wenn die GmbH oder ihre Gesellschafter in einem gerichtlichen Erkenntnis- oder Zwangsvollstreckungsverfahren mit einem Dritten beteiligt sind sowie andererseits, sofern eine gesellschaftsinterne Streitigkeit eine gerichtliche Klärung erforderlich macht. Die Gerichtsentscheidung führt zwangsläufig zu einer Erfassung des

---

<sup>1</sup> Kornblum, GmbHR 2017, 739, 740 nach 1.186.598 im Jahr 2016 und gegenüber 1.156.434 im Jahr 2015, vgl. *ders.* GmbHR 2015, 687, 688.

<sup>2</sup> Vgl. nur etwa das aktuelle BGH Urt. v. 29.4.2013, ZIP 2013, 1071 zur Pfändung der Einsichtsrechte aus § 51a GmbHG.

komplexen und oft mehrseitigen Rechtsverhältnisses in der GmbH mit dem auf einen Zweiparteienprozess ausgelegten Instrumentarium des Zivilprozesses,<sup>3</sup> einschließlich der Zwangsvollstreckung und des einstweiligen Rechtsschutzes. Betrachtet man die Rechtsgebiete des GmbH- und Prozessrechts als interessen-neutrale, ausgewogene Regelungssysteme, droht die Gefahr eines Ungleichgewichts, sofern es zu einem Aufeinandertreffen kommt. Den bestehenden Besonderheiten und Wertungen beider Rechtsgebiete ist gleichermaßen Rechnung zu tragen. Einen sachgerechten Ausgleich herzustellen, bildet angesichts der Rechtsdurchsetzung und formalisierten Zwangsvollstreckung sowie dem dynamischen, häufig rechtsfortgebildeten GmbH-Recht ein starkes Spannungsfeld. Zahlreiche Berührungspunkte entstehen dabei sowohl bei der Rechtsdurchsetzung zur Realisierung von Ansprüchen Dritter, als auch bei gesellschaftsinternen Streitigkeiten. Besonders komplex und schwierig zu bewerten sind dabei die innergesellschaftliche Entscheidungsfindung und Willensbildung, namentlich im Bereich unternehmerischer Fragestellungen. Insbesondere die Realstruktur der einzelnen Gesellschaft findet nur selten materiell-rechtlich Berücksichtigung. Möchte man die Interessenabwägung durch die Auslegung unbestimmter materiell-rechtlicher Rechtsbegriffe erreichen, so bedürfen diese einer vertieften Auseinandersetzung im Widerstreit von Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit.

Ausgehend von der Annahme, dass der Gläubiger stets das Erforderliche zur Rechtsdurchsetzung vornimmt, wird er die Zwangsvollstreckung nur betreiben, soweit er seine Rechte nicht schon anderweitig durchsetzen kann. Die Anwendungsbereiche der unterschiedlichen Möglichkeiten einen Anspruch zu realisieren, ergänzen und begrenzen sich gleichermaßen. Sofern das Begehren also im Wege des Erkenntnisverfahrens oder sogar durch eine (eigene) außergerichtliche Rechtshandlung erreicht werden kann, entbehrt es der Zwangsvollstreckung. Dabei bestimmt die materiell-rechtliche und prozessuale Rechtslage die Notwendigkeit und der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung. Demnach bestehen weitreichende Wechselwirkungen zwischen dem GmbH-Recht und dem Prozessrecht.<sup>4</sup> Letztlich beeinflusst die Beurteilung materiell-rechtlicher und prozessualer Fragestellungen auch den Anwendungsbereich des Zwangsvollstreckungsrechts.

---

<sup>3</sup> Vgl. dazu schon *Schwab*, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, Vorwort, S. V.

<sup>4</sup> Vgl. abstrakt auch *Littbarski*, Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht, Vorwort, dort freilich begrenzt auf den einstweiligen Rechtsschutz.

Maßgebliche Bedeutung kommt dem zugrundeliegenden Interessengeflecht der beteiligten Parteien zu. Dieses stellt häufig die entscheidende Triebfeder für die Entwicklung und Anpassung der gesetzlichen Regelungen und vorherrschenden Rechtsprechungspraxis dar. Gleichzeitig sollten diese neuen rechtlichen Entwicklungen wiederum stets auf ihre Auswirkungen auf das Interessengefüge hin überprüft werden.

## B. Stand der Forschung

Der derzeitige Stand der Forschung erfasst das Problem nicht.

Den am ausführlichsten diskutierten Teilbereich stellt die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH dar.<sup>5</sup> Dabei beschränkt sich *Kalbfleisch* auf die abschließende Feststellung, dass es eine „flexible Handhabung des Vollstreckungsrechts erfordert“<sup>6</sup>, ohne die Möglichkeiten und Grenzen im Einzelnen zu beleuchten. Eine genauere Untersuchung der betroffenen Interessen findet sich auch anderswo nicht.<sup>7</sup> Der Zusammenhang zwischen der Zwangsvollstreckung und deren möglicher Auswirkungen auf die Willensbildung in der GmbH wird vornehmlich auf die Frage fokussiert, inwieweit die Pfändung eines Geschäftsanteils Auswirkungen auf das Stimmrecht des „betroffenen“ Gesellschafters hat<sup>8</sup>. Der Einfluss von außerhalb der GmbH stehenden Personen wird lediglich im Bereich der rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmöglichkeiten hinreichend untersucht.<sup>9</sup>

Insgesamt steht eine differenzierte Darstellung der Interessenlage in der GmbH noch aus.<sup>10</sup> Folglich fehlt eine Auseinandersetzung mit den Folgen der Rechts-

---

<sup>5</sup> Siehe hierzu etwa die Monografien *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH; *Weßling*, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile; *Kranz*, Der GmbH-Geschäftsanteil in Pfändung und Insolvenz; vgl. im Übrigen die weiteren Nachweise in Fußn. 328.

<sup>6</sup> *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 231.

<sup>7</sup> *Weßling*, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 57 f. skizziert auf Seite 57 f. lediglich kurz den Interessenkonflikt „zwischen Erhaltungs- und Abschirmungsinteresse“.

<sup>8</sup> Dazu bei *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, S. 120.

<sup>9</sup> Dahingehend monografisch *Dürr*, Nebenabreden im Gesellschaftsrecht; *Klosterkemper*, Einflussmöglichkeiten Außenstehender auf den innerkorporativen Bereich der GmbH; *Herfs*, Einwirkungen Dritter auf den Willensbildungsprozess der GmbH.

<sup>10</sup> Lediglich erwähnt etwa im Aufsatz bei *Heuer*, ZIP 1998, 405, 405 ff.; kurz bei *Weßling*, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 57 f. und als übergeordnetes Dogma bei *Schwab*, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, Vorwort, V.

durchsetzung auf die Interessenlage in den weiteren sensiblen Bereichen, vornehmlich der Entscheidungsfindung und Willensbildung in der GmbH. Zwangsläufig ist auch der spiegelbildliche Einfluss der Interessen auf die Beurteilung materieller und prozessualer Fragen bei der Rechtsdurchsetzung im Sinne einer Interdependenz unbeleuchtet. Wünschenswert ist angesichts der in der Praxis gesteigerten Bedeutung von Stimmbindungen aus der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht zudem eine Konkretisierung des tatbestandlichen Anwendungsbereichs.

## C. Gang der Untersuchung

Den Ausgangspunkt der Untersuchung bildet eine Beleuchtung des Interessengeflechts der Parteien bei der Rechtsdurchsetzung der Rechtsform der GmbH<sup>11</sup> (*Teil 2*). Einleitend wird das allgemeine Spannungsfeld zwischen dem Interesse des Gläubigers an effektiver Rechtsdurchsetzung und dem Schuldnerschutz dargestellt. Als „Normalfall“ der Rechtsdurchsetzung wird in der Ausarbeitung grundsätzlich von dem Verfahren der Zwangsvollstreckung des achten Buchs der ZPO ausgegangen, sofern nicht eine anderweitige Form in Betracht kommt. Sodann werden die charakteristischen Kernelemente der GmbH herausgearbeitet und zur Erfassung der Rechtswirklichkeit mit rechtstatsächlichen Beobachtungen verknüpft und einer Deutung zugeführt.<sup>12</sup> Anhand der gefundenen Ergebnisse sollen die praktischen Bedürfnisse und grundlegenden Interessen abgeleitet werden.

Den Kern der Arbeit bildet die Darstellung der Rechtsfragen bei der Rechtsdurchsetzung an der Schnittstelle zum GmbH-Recht (*Teil 3*). Im Verfahren der

---

<sup>11</sup> Gegenstand der Ausarbeitung soll nur die unternehmerische Mehrpersonen-GmbH mit erwerbswirtschaftlicher Zielsetzung sein. Zu den GmbH mit *ideeller, sozialer, politischer* oder *kultureller* Zielsetzung oder zu Stiftungszwecken siehe etwa bei Scholz/H.P. Westermann, GmbHG, Einl., Rn. 35 f.

<sup>12</sup> Entgegen vereinzelt vorgebrachter heftiger Kritik etwa als „Sammlung soziologischem Ungeziefers“, Emge, Über das Verhältnis von „normativem Rechtsdenken“ zur „Lebenswirklichkeit“, S. 14, wird Rechtstatsachenforschung grundlegend als „Hilfsmittel der Rechtsgewinnung“ und als Möglichkeit „eine Brücke von der *lex lata* zur *lex ferenda*“ zu schlagen verstanden, Röhl, Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, S. 259 bzw. 266. Der Pionier dieser Wissenschaft, Nussbaum, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, S. 8, sieht daher die Chance, das Recht „durch Heranziehung der Rechtstatsachen zu beleben, zu bereichern und zu vertiefen, sowie fruchtbare Problemstellungen für die wissenschaftliche Einzelarbeit zu gewinnen“. Dadurch ließe sich in der *Rechtsausbildung* und –*anwendung* der „Blick erweitern“ (S. 3), da der Jurist für seine Arbeit das nötige Verständnis von Zusammenhängen, gelernt haben muss auch „andere“ (etwa wirtschaftliche, psychologische, kaufmännische) Aspekte einzubeziehen, S. 3 f.

Zwangsvollstreckung ergeben sich vielfältige Rechtsfragen insbesondere hinsichtlich der Vollstreckung in einzelne Forderungen oder Rechte: Hierher gehören vornehmlich die Pfändung eines GmbH-Geschäftsanteils, die Pfändung der Forderung zur Leistung der Stammeinlagen oder der mitgliedschaftlichen Informationsrechte. Sofern in der Praxis eine gefestigte Handhabe besteht, soll das Hauptaugenmerk auf den daraus resultierenden Auswirkungen auf die Interessen der GmbH liegen. Gleichwohl sollen diese herrschenden Ansätze gewürdigt und, sofern angezeigt, abweichenden Ansätzen zugeführt werden.

Mit Blick auf innergesellschaftliche Streitigkeiten bildet die prozessuale Behandlung treuwidriger Willensbildung und -betätigung den komplexesten Problembereich. Der offene Tatbestand der Treupflicht und treuwidrigen Willensbildung ist schon gesellschaftsrechtlich schwer zu greifen und wirft viele Fragen hinsichtlich der praktischen Anwendung. Der praktischen Bedeutung der Treupflicht und den weitreichenden Folgen einer gerichtlichen Einmischung in die Willensbildung steht die Unsicherheit bei der Rechtsanwendung gegenüber. Die Balance zwischen der möglichst präzisen dennoch notwendigerweise abstrakten Konturierung des Tatbestands soll einer Überprüfung unterzogen werden. Der Tendenz im Schrifttum, Rechtsfortbildungen sich selbst zu überlassen, soll Einhalt geboten werden.<sup>13</sup> Weder Rechtsprechung noch Schrifttum stellen verlässliche Kriterien oder Maßstäbe bereit. Weiterhin sollen die Auswirkungen der durch das Nichtigkeitsdogma bei Beschlüssen veränderten Rechtsprechungspraxis für die materiell-rechtliche Beurteilung, das Erkenntnisverfahren, die Zwangsvollstreckung und zuletzt den einstweiligen Rechtsschutz beleuchtet werden. Anhand der Behandlung treuwidriger Willensbildung sollen die Wechselwirkungen des materiellen Rechts und dessen prozessualer Behandlung dargestellt werden. Zuletzt soll dabei auch die problematische Rolle des einstweiligen Rechtsschutzes bei der Anspruchsdurchsetzung diskutiert werden.

---

<sup>13</sup> Vgl. *Fleischer*, GmbHR 2008, 673, 674; hinsichtlich der vorgeschlagenen Referentenentwürfe zum GmbHG 1969 und 1973 mit der Kritik *Lutters*, in: Probleme der GmbH-Reform, S. 96, 121: „Es sei nicht Aufgabe des Gesetzgebers, Erkenntnisse von Rechtsprechung und Lehre wortreich in Normen zu fassen“, sondern sie der Spruchpraxis anheim zu stellen, um so nach den verschiedenen Typen der GmbH zu differenzieren, m.w.N.; einer etwas anderen Frage geht *Odersky* in: *Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht*, 1998, S. 103, 118 ff., nach, indem er das Spannungsfeld von Kontinuität und Wandel der gerichtlichen Praxis problematisiert, jedoch weitestgehend nur Denkanstöße liefert. Das grundlegende Urteil des BGH wird auch für Begründungen mit etwas anderer Zielsetzung herangezogen, etwa zur Gleichbehandlung von Gleichem, siehe *Pawłowski*, *Methodenlehre für Juristen*, § 5 I a.

Anschließend werden die Auswirkungen der vorherrschenden Praxis auf die Interessenlage in der GmbH dargestellt (*Teil 4*) und ausgewertet. Anhand dieser Bestandsaufnahme soll untersucht werden, inwieweit ein weitergehender Ausgleich der Interessen über das allgemeine Verhältnis von Schuldner und Gläubiger und Dritten in der Zwangsvollstreckung denkbar ist. Abschließend werden weitergehende Lösungsvorschläge als Kriterien für die Praxis zur weiteren Diskussion aufgestellt.

Übergeordnet werden zudem die Wechselwirkungen zwischen dem materiellen Recht und dem Prozessrecht untersucht. Einerseits stehen die Anwendungsbereiche der unterschiedlichen Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung ihrerseits häufig in einem Widerstreit. Dabei kann insbesondere die rechtliche Akzeptanz von Möglichkeiten seine Interessen eigenhändig oder außergerichtlich durchzusetzen die Notwendigkeit prozessualer Verfolgung entbehrlich machen.<sup>14</sup> Andererseits soll versucht werden, die Lösung konfliktreicher Punkte auch außerhalb des einzelnen Rechtsgebietes zu finden.

Nicht vertieft wird die vielbesprochene Satzungspraxis. Die anerkannte Grenze zulässiger Satzungsgestaltung dient vorliegend indes als Abgrenzung zwischen den vollstreckungsrechtlichen Konsequenzen, denen mit einem Abwehrmechanismus begegnet werden kann und den weiterhin drohenden Nachteilen und Gefahren für die Interessen der Gesellschafter. Nicht behandelt wird zudem die sogenannte gerichtliche Entscheidung über das Auskunftsrecht des Gesellschafters gemäß § 51b GmbHG, der mit seinem Anspruch nur das Innenverhältnis betrifft und – anders als im Bereich der Beschlussfassung – keine derart weitreichenden Eingriffe durch das Gericht drohen.

---

<sup>14</sup> Eingehend zur „Konkurrenz materiellrechtlicher und prozessualer Instrumente der Rechtsdurchsetzung“ *Saenger*, *Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung*, S. 2 f.

## **Teil 2 Bestandsaufnahme Interessengeflecht**

Den Ausgangspunkt der Ausarbeitung stellt die Darstellung des allgemeinen zwangsvollstreckungsrechtlichen Spannungsfelds zwischen den Gläubiger- und Schuldnerinteressen anhand der Ausgestaltung des Zwangsvollstreckungsrechts und der Rechtsprechungspraxis dar. Sodann wird das Interessengeflecht in der GmbH anhand der GmbH-rechtlichen Kernelemente und rechtstatsächlicher Beobachtungen beleuchtet.

### **A. Das vollstreckungsrechtliche Spannungsfeld zwischen Schuldner- und Gläubigerinteressen**

#### **I. Die grundsätzliche Abwägung der Interessen**

In der Zwangsvollstreckung begegnen sich der Gläubiger und der Schuldner mit ihren grundsätzlich diametral gelagerten Interessen. Dabei ist der Gläubiger bei der Verfolgung seines Ziels an einem größtmöglichen Maß an Effektivität bei der Vollstreckung interessiert. Dem Schuldner hingegen liegt es gerade an einer möglichst schonenden Behandlung. Ausgehend von der grundlegenden Aufgabe der Zwangsvollstreckung und ihrer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, soll im Folgenden der bestehende Ausgleich der widerstreitenden Interessen im Zwangsvollstreckungsrecht beschrieben werden.

##### **1. Grundsätzliche Bedeutung der Zwangsvollstreckung**

Der Zwangsvollstreckung kommt eine unverzichtbare Rolle im rechtsstaatlichen Gemeinwesen zu. Ausgehend vom Gewaltmonopol des Staates verbleibt dem Einzelnen grundsätzlich keine Handhabe seine Rechte selbst durchzusetzen.<sup>15</sup> Indem der Bürger seine Wehrfähigkeit somit in gewisser Weise abgibt, muss der Staat für den Schutz der Bürger und deren Rechten sorgen. Dieser Rechtsschutz umfasst sowohl die Findung des Rechts, als auch die spätere Durchsetzung.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Freilich mit Ausnahme der zivilrechtlichen Notwehrrechte des § 229 BGB bzw. § 859 BGB; *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1.1.

<sup>16</sup> Vgl. auch *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1.2.



Daher ist auch die Zwangsvollstreckung als elementarer Bestandteil eines rechtsstaatlichen Justizgewährleistungsanspruchs unverzichtbar.<sup>17</sup>

Am Beispiel der Nichtzahlung eines fälligen Zahlungsanspruchs lässt sich gleichermaßen die Verletzung der Gläubigerrechte sowie des Rechtsfriedens aufzeigen<sup>18</sup>. Dabei ist es unerheblich, ob dem nichtzahlenden Schuldner auch ein voluntatives Element im Sinne einer subjektiven Schuld vorgeworfen werden kann. Je nach zugrundeliegender Zahlungsmoral und -fähigkeit ist es letztlich mitunter tragisch, dass die Nichtzahlung den angerichteten Schaden dadurch noch vergrößert, dass weitere Kosten der Zwangsvollstreckung entstehen, welche nach § 788 ZPO vom Schuldner zu tragen sind.<sup>19</sup> Insgesamt soll damit neben dem konkret zu realisierenden Gläubigeranspruch auch die Einhaltung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* durchgesetzt werden.<sup>20</sup> Zuletzt kommt dem Institut der Zwangsvollstreckung auch ein prophylaktischer Zweck durch das gerichtliche Schuldnerverzeichnis<sup>21</sup> zu, welches einen zusätzlichen Anreiz zur Einhaltung der Verpflichtungen schafft.<sup>22</sup>

## 2. Verfassungsrecht

Seitdem das BVerfG den Vollstreckungszugriff auf die Vereinbarkeit mit der Verfassung prüft,<sup>23</sup> wird grundsätzlich über die Qualifizierung des zwangsvollstreckungsrechtlichen Zugriffs als Grundrechtseingriff diskutiert.<sup>24</sup> Die zwangsweise Durchsetzung eines Gläubigeranspruchs im Wege hoheitlicher Maßnahmen in das Vermögen des Schuldners leitet das BVerfG aus dem Eigentumsgrundrecht in Verbindung mit dem rechtsstaatlichen Grundsatz des effektiven Verfahrens ab.<sup>25</sup> Insoweit subtrahiert das BVerfG das Verfassungsgut aus dem materiell betroffenen Grundrecht (in den Zwangsversteigerungsfällen Art. 14 Abs. 1 GG), welches zu schützen auch die prozessuale Durchsetzung im Rahmen

---

<sup>17</sup> Siehe nur *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1; zu der (verfassungs-)rechtlichen Konstruktion siehe sogleich unter „Teil 2 A.I.3.a.“

<sup>18</sup> Siehe sogleich unter „Teil 2 A.I.3.a.“

<sup>19</sup> Vgl. auch *Keller/Keller*, HdbZV, Kap.1, A., Rn. 29.

<sup>20</sup> *Keller/Keller*, HdbZV, Kap.1, A., Rn. 32.

<sup>21</sup> Bzw. in der Praxis durch privatrechtliche Dienstleister und Verzeichnisse, etwa „SCHUFA“.

<sup>22</sup> Vgl. *Keller/Keller*, HdbZV, Kap. 1, A. Rn. 24.

<sup>23</sup> Vgl. BVerfGE 85, 386, 371, siehe zu der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung sogleich nachstehend unter „Teil 2 A.I.3.a.“

<sup>24</sup> *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 3, Rn. 1.

<sup>25</sup> Ständige Rechtsprechung des BVerfGE 35, 348, 361; 85, 337, 345; 88, 118, 123.

der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) erfordert.<sup>26</sup> Art. 14 Abs. 1 GG erfasst grundsätzlich sämtliche „vermögenswerte Rechte“ Privater, was auch Forderungen als obligatorische Rechte umfasst.<sup>27</sup> Somit betrifft die Zwangsvollstreckung neben dem Eigentumsgrundrecht auch das Rechtsstaatsprinzip mit dem Gewaltmonopol des Staates aus Art. 20 GG und die Ansprüche der Beteiligten auf rechtliches Gehör, Art. 3 Abs. 1 und Art 103 GG.<sup>28</sup> Bei genauer Betrachtung liegt hier jedoch trotz der hoheitlichen Durchführung eine Kollision zweier privater Parteien vor,<sup>29</sup> indem der Staat nur zum Vollzug der Rechte des Gläubigers vollstreckt.<sup>30</sup> Diese Grundrechtskollision soll an dieser Stelle zunächst angenommen werden,<sup>31</sup> freilich abgesehen von der Frage, ob daraus im Einzelfall eine Verletzung der Grundrechte folgt.

Der Eingriff in das Eigentum des Schuldners ist grundsätzlich dann gerechtfertigt, wenn eine Abwägung mit dem durch die Zwangsvollstreckung verfolgten Schutz des Eigentums des Gläubigers ergibt, dass dieser überwiegt.<sup>32</sup> Eine (theoretische) Überprüfung der Vollstreckungsmaßnahmen im konkreten Vollstreckungsfall stößt aber in verschiedener Hinsicht auf Bedenken. Zunächst erscheint es äußerst impraktikabel, jegliche Maßnahmen der Zwangsvollstreckung auf die (materielle) Verfassungsmäßigkeit hin zu überprüfen. Dies würde schlichtweg die Gerichte vor unlösbare Aufgaben stellen. In dogmatischer Hinsicht liefe diese Forderung somit dem zivilprozessualen Grundsatz der Konzentration zuwider, welche der Gesetzgeber seit jeher durch die Vereinfachung des

---

<sup>26</sup> Diesem Ansatz die Literatur im Ergebnis grundsätzlich zu, siehe etwa *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1.3; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 3, Rn. 43 m.w.N.; a.A. wohl *Bethge*, NJW 1982, 1, 7, der ein solches „Ergänzungsverhältnis“ für überflüssig hält und die Konstruktion ablehnt.

<sup>27</sup> BVerfGE 68, 193, 222; Vgl. BVerfGE 45, 142, 179; *Dreier/Wieland*, GG, Art. 14, Rn. 57.

<sup>28</sup> *Keller/Keller*, HdbZV, Kap. 1, A, Rn. 28; zu weiteren betroffenen Grundrechten bei *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 3, Rn. 10 ff.

<sup>29</sup> Siehe etwa *Gerhardt*, ZZP 1982, 467, 487.

<sup>30</sup> Vgl. grundlegend *Gaul*, ZZP 1999, 135, 176 f.

<sup>31</sup> Zu der Diskussion einer bloßen (mittelbaren) Drittwirkung der Grundrechte im Zivilprozess zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner siehe etwa BVerfGE 7, 198, 198 ff., auch *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, vor § 704, Rn. 44, nimmt nur eine mittelbare Drittwirkung des materiellen Verfassungsrechts an. Nach heute vorherrschender Auffassung entfaltet das Verfassungsrecht eine unmittelbare Wirkung jedenfalls durch das hoheitliche Einschreiten des Staates, dazu bei *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 3, Rn. 43 m.w.N.

<sup>32</sup> Vgl. *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 7.2.

Zivilprozesses zu stärken versuchte.<sup>33</sup> Letztlich wird man das Einzelvollstreckungsrecht zunächst als immanent gerechtfertigt betrachten müssen. Es ist also grundsätzlich von der Beachtung der rechtsstaatlichen „Elemente“ auszugehen.<sup>34</sup>

### 3. Entwicklung in der Rechtsprechung zum Verfassungsrecht

In der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH wurde eine Reihe von Entscheidungen getroffen, die das Verhältnis von Gläubiger und Schuldner verfassungsrechtlich konturieren.<sup>35</sup>

#### a. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Das BVerfG hat im Jahre 1976 begonnen, das Zwangsvollstreckungsrecht in verschiedenen Entscheidungen einer verfassungsmäßigen Kontrolle zu unterziehen.<sup>36</sup> Durch die Rechtsprechung wurde sowohl die Bedeutung der Verfassung im Zivilprozessrecht besprochen,<sup>37</sup> als auch das Verhältnis von Gläubiger- und Schuldnerinteressen näher beschrieben. Diese im Folgenden noch exemplarisch darzustellende Rechtsprechung führte wiederum punktuell zu Gesetzesänderungen im Prozessrecht.

In den ersten Entscheidungen setzte sich das Gericht mit der Frage der Verletzung der Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte durch die jeweils angeordnete Zwangsversteigerung auseinander.<sup>38</sup> Hinsichtlich des maßgeblichen Art. 14 GG stellte das BVerfG in seinen Entscheidungen fest, dass die allgemein

---

<sup>33</sup> Siehe die ZPO-Novellen 1924, 1933, 1976 und zuletzt 2002.

<sup>34</sup> Siehe etwa *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 7.2, der im numerus clausus der Vollstreckungsarten die Gesetzmäßigkeit und im beschränkten Vollstreckungszugriff und der effektiven Verwertung die Elemente Erforderlichkeit, Geeignetheit und Angemessenheit sieht.

<sup>35</sup> Eine umfassende Bestandsaufnahme der BVerfG-Rechtsprechung bei Fischer, Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff, S. 62-157, 628-649.

<sup>36</sup> Die zunächst ergangene Entscheidung BVerfGE 42, 64 betraf die Verfassungsmäßigkeit einer Teilungsversteigerung nach §§ 180 ff. ZVG zu einem auffällig niedrigen Gebot.

<sup>37</sup> Die Frage, ob das BVerfG in der Vergangenheit immer die Grenzen seiner Prüfungskompetenz gegenüber den Fachgerichten beachtet hat, soll hier zunächst unbeachtet bleiben. Siehe dafür etwa bei *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 3, Rn. 32 ff; *Gerhardt*, ZZP 1982, 467, 474 ff. unter maßgeblicher Bezugnahme auf den grundlegenden Beitrag von *Ossenbühl* in: FS Ipsen, S. 129, 140, der von der Gefahr einer „Zementierung“ des einfachen Rechts spricht. Die seit jeher umstrittene Frage der Bindungswirkung der Entscheidungen des BVerfG im Sinne des § 31 Abs. 1 BVerfGG soll ebenfalls ausgeklammert werden, siehe dafür etwa bei *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckung, § 3, Rn. 35 m.w.N.

<sup>38</sup> Dazu die Entscheidungen BVerfGE 42, 64; 46, 325; 49, 220; 49, 252; 51, 150; Siehe die Zusammenfassung bei *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckung, § 3, Rn. 12.

anerkannte Garantiefunktion des Eigentums über das materielle hinaus gerade auch das Verfahrensrecht unmittelbar beeinflusst.<sup>39</sup> In der sogenannten zweiten Zuschlagsentscheidung stellte das BVerfG fest, dass das Eigentumsgrundrecht auch dessen konsequente prozessuale Durchsetzung im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes umfasse.<sup>40</sup> In weiteren Entscheidungen wurden eine Reihe von Wertungen vorgenommen, die gerade in den empfindlichen Bereichen der Wohnungsdurchsuchung<sup>41</sup> und Räumungsvollstreckung<sup>42</sup> den Schuldnerschutz entscheidend stärkten.<sup>43</sup>

Interessant ist eine gewisse Akzentverschiebung des BVerfG, das auch die Gläubigerrechte nun vermehrt in den Blick nimmt. In seiner Entscheidung vom 19.10.1982 entschied das Gericht über die Verhältnismäßigkeit der Anordnung einer Zwangshaft und betonte, dass die Gläubigerinteressen an einer effektiven Vollstreckung gleichzeitig ein „öffentliches Interesse“ darstellen, indem sie der Wahrung des Rechtsfriedens dienen.<sup>44</sup> Im Ergebnis weitestgehend unstrittig, wurde jedoch die Herleitung eines Gläubigerrechts aus dem Allgemeininteresse und die notwendige Durchsetzungskraft des Zwangsvollstreckungsinstrumentariums im Schrifttum teils kritisch hinterfragt.<sup>45</sup> Diese Reaktion mochte seinerzeit verständlich gewesen sein, da die Gläubigerposition bis dato in der Rechtsprechung nicht derart mit Art. 14 Abs. 1 GG untermauert wurde, ist jedoch – mit der Anerkennung dieser Grundrechtskollision – abzulehnen<sup>46</sup>.

In der neueren Rechtsprechung hat das BVerfG die Gläubigerinteressen stets als „gewichtige Belange“ angesehen und den Schuldnerinteressen gegenüber gestellt.<sup>47</sup>

---

<sup>39</sup> Vgl. insbesondere die Ausführungen bei BVerfGE 46, 325, 325 ff.

<sup>40</sup> Anders anscheinend bei *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckung, § 3, Rn. 12, der diese Entwicklung erst in der „vierten Zuschlagsentscheidung“ BVerfGE 49, 252 ausmacht.

<sup>41</sup> BVerfGE 51, 97.

<sup>42</sup> BVerfGE 52, 214.

<sup>43</sup> Diese Bereiche, die ihre Brisanz eher aus dem alltäglichen Umstand der Intimität bzw. der sozialstaatlichen Härte haben, sollen hier nicht weiter vertieft werden. Ihre Nennung soll nur die Entwicklung in den Jahren 1976 bis 1979 aufzeigen, in denen das BVerfG die Zwangsvollstreckung durch die Entscheidungen „verfassungskonform“ prägte.

<sup>44</sup> BVerfGE 61, 126, 126 ff.; mit den Gläubigerinteressen im Mittelpunkt schon BVerfGE 56, 139, 139 ff.

<sup>45</sup> Vgl. *Wieser* ZZP 1985, 50, 54, *Gaul*, RPflegler, 1971, 41, 50; Vgl. etwa *Baur/Stürner/Bruns*, Rn. 7.1, 7.45

<sup>46</sup> Diese Beobachtung ohne Wertung bei *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckung, § 3, Rn. 45.

<sup>47</sup> BVerfG, WuM 2001, 482, 482 ff.

Als allseits beschränkendes Korrektiv gilt dabei der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. So führte dieser in der Rechtsprechungspraxis des BVerfG zwar nur selten zum Scheitern der Zwangsvollstreckung.<sup>48</sup> Gleichwohl betont das Gericht die grundlegende Geltung dieser Schranke und verpflichtet die Gerichte zur Beachtung und gegebenenfalls zur Prüfung im Einzelfall.<sup>49</sup>

## b. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes

Der BGH geht bei der Abwägung der zuwiderlaufenden Interessen vornehmlich von der Prämisse aus, dass das Befriedigungsrecht des Gläubigers grundsätzlich zu schützen sei.<sup>50</sup> Davon ausgehend seien im Einzelnen vorzunehmende Einschnitte beim Schuldner auf ihre Rechtfertigung zu prüfen. Dies führt dazu, dass es eines überwiegenden gegenläufigen Schuldnerschutzinteresses aus Verfassungsgütern bedarf, um das Gläubigerrecht zu beschneiden.<sup>51</sup> Kehrseitig sind die Interessen des Schuldners stets beachtlich und damit ungeachtet der Frage, ob es zu einer Beschneidung des Befriedigungsrechts des Gläubigers kommt. Es ist folglich anerkannt, dass die ZPO auch im Lichte der schuldnerschützenden Verhältnismäßigkeit auszulegen ist.<sup>52</sup> An anderer Stelle äußerte sich der BGH zum Prüfungsmaßstab bei der Zwangsvollstreckung.<sup>53</sup> Er machte noch einmal deutlich, dass maßgeblich die parteilichen Interessen zu berücksichtigen seien und nicht primär die Interessen der Allgemeinheit. Seit der Erweiterung des Instanzenzuges durch die Einführung der Rechtsbeschwerde<sup>54</sup> im Zwangsvollstreckungsrecht durch das ZPO-Reformgesetz (ZPO-ReformG) zum 1.1.2002 war der BGH vermehrt mit der verfassungsrechtlichen Überprüfung von Vollstreckungszugriffen befasst.<sup>55</sup>

---

<sup>48</sup> Vgl. bei *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckung, § 3, Rn. 46, mit dem bisher wohl einzigen Fall BVerfGE 52, 214, 221 f.

<sup>49</sup> Danach verpflichtete das BVerfG, WuM 2004, 81, 83 das vorinstanzlich befasste Landgericht zur Prüfung der Verhältnismäßigkeit nach der Rückverweisung.

<sup>50</sup> Vgl. etwa BGHZ 141, 173, 177.

<sup>51</sup> Grundlegend BGHZ 141, 173, 177, wonach im zu entscheidenden Fall das Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 I, 28 GG einen solchen Einschnitt rechtfertige.

<sup>52</sup> Vgl. BGHZ 170, 243, 248, der einem Schuldner das Recht eine Versteigerung zu beenden einräumte, da es dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und Art. 14 GG widerspräche, eine übermäßige Verwertung des Eigentums zuzulassen.

<sup>53</sup> BGH, WuM 2005, 138, 138 f.

<sup>54</sup> §§ 574 ff. ZPO.

<sup>55</sup> Mit einer Besprechung von sieben exemplarischen Beispielen aus der BGH-Rechtsprechung *Gaul*, DGVZ 2005, 113, 120 ff.

Anders als das BVerfG macht der BGH dabei keinen Bogen um das Eigentumsgrundrecht des Gläubigers und berücksichtigt dessen güterliche Interessen als Argumente im Rahmen der Abwägung der Interessen gemäß § 765a ZPO.<sup>56</sup> Es entspricht insoweit auch weitestgehend der Handhabe der Oberlandesgerichte, den Gläubigerbelangen ein großes Gewicht beizumessen.<sup>57</sup>

#### 4. Die Ausgestaltung des Zwangsvollstreckungsrechts

Das Vollstreckungsrecht trifft vereinzelte Wertungen hinsichtlich des Interessenkonflikts zwischen Gläubiger und Schuldner. Dahingehend lassen viele Normen die grundsätzliche Zweckrichtung zur Befriedigung des Gläubigers erkennen.<sup>58</sup> Beschränkend enthalten die Gesetze eine Reihe von schuldnerschützenden Normen, welche die grundsätzlich angestrebte „effiziente“ Befriedigung des Gläubigers zur Eingrenzung der Folgen in Einzelfällen abzufedern suchen. Unserem Vollstreckungsrecht wohnt der Grundsatz effektiver Verwertung inne. Dieser ist Ausfluss des Gebots der Verhältnismäßigkeit staatlichen Vollstreckungszugriffs und des Gebots schonender Rechtsdurchsetzung unter Privaten.<sup>59</sup> Allerdings findet sich kein gesetzlich geregeltes allgemeines Erfordernis, dass bei einer Vollstreckung der Nutzen für den Gläubiger den Schaden beim Schuldner in Gestalt unterwertiger Veräußerung überwiegen müsse.<sup>60</sup>

Gleichzeitig liegt dem Gesetz heutzutage der Gedanke zugrunde, dass auch die Rechtsverwirklichung den unbegrenzten Eingriff in die Freiheits- und Vermögenssphäre des Schuldners nicht erlaubt (Grundsatz des beschränkten Vollstreckungszugriffs).<sup>61</sup> Dem Vollstreckungsrecht wohnt die Prämisse inne, dass die Befriedigung des Gläubigers unter schonender Belastung des Schuldners erfolgen soll. Normativer Ausfluss dieses Grundsatzes sind zunächst verschiedene spezielle Schuldnerschutzregelungen. Hierunter fallen etwa das Verbot nutzloser Vollstreckung (§§ 803 Abs. 2 ZPO, 77 ZVG), das Verbot von „Kahlpfändungen“ und die Begrenzung der Willensbeugung (§§ 888, 913, 890 ZPO). Das Verbot

---

<sup>56</sup> BGHZ 163, 66, 73; „Grundrechtskollision“ zwischen den Parteien etwa BGHZ 160, 197, 201 f.

<sup>57</sup> Siehe etwa OLG Düsseldorf, WuM 1999, 174, 174 ff.

<sup>58</sup> Vgl. auch *Gaull/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckung, § 1, Rn. 6; siehe etwa u.a. §§ 712 Abs. 2, 775 Nr. 5, 803 Abs. 1 S. 2, 817 Abs. 4 ZPO, § 10 Abs. 1 Nr. 5 ZVG.

<sup>59</sup> *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 6.74.

<sup>60</sup> *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 6.74, da insbesondere der Schuldner hätte gewinnbringender freiwillig verkaufen können; a.A. *Wieser*, ZZZ 1985, 50, 50 ff.

<sup>61</sup> *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 6.68 zeigt den Unterschied zu früheren Rechtsordnungen auf, siehe mit Nachweisen dort in Fußn. 102.

nutzloser Vollstreckung stellt letztlich eine konsequente Ausprägung der konstruktiven Zielsetzung einer effektiven Verwertung dar.

#### a. Spezielle Ausprägungen des Schuldnerschutzes

Der Schuldnerschutz wird durch spezielle Regelungen umgesetzt und zuletzt durch die Generalklauseln der §§ 765a ZPO, 30a ff. ZVG erweitert. Einige der wichtigsten speziellen Ausprägungen des Schuldnerschutzes sollen im Folgenden exemplarisch dargestellt werden: § 803 Abs. 1 S. 1 ZPO regelt den Zugriff auf bewegliches Vermögen durch Pfändung, was auch Geldforderungen (§§ 829 ff. ZPO) und andere Vermögensrechte (§ 857 ZPO) erfasst, und normiert gleichzeitig allgemeine Grenzen des Zugriffs, § 803 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 ZPO. Danach ist eine Überpfändung – gleich bei welchem der erfassten Vollstreckungsobjekte – aus Schuldnerschutzgründen verboten. Der Schuldner hat diese im Wege der Erinnerung nach § 766 ZPO geltend zu machen.<sup>62</sup> In der Praxis ergeben sich häufig Schwierigkeiten bei der Schätzung des Werts von zu pfändenden Forderungen.<sup>63</sup> Daher ist hier eine den Wert übersteigende Pfändung zulässig, es sei denn es liegt eine positive Auskunft des solventen Drittschuldners oder ausreichende Sicherheitsleistung vor.<sup>64</sup> Eine zwecklose Pfändung, also Pfändungen, die keine Befriedigung des Gläubigers durch Verringerung der Verbindlichkeiten des Schuldners erreichen können, verbietet § 803 Abs. 2 ZPO.<sup>65</sup> Diese Regelung dient dabei sowohl dem Schuldnerschutz vor Verschleuderung, als auch der Vermeidung von unnötigen Kosten für den Gläubiger.<sup>66</sup> Dem Gerichtsvollzieher obliegt sowohl die Berechnung der Forderung (§ 803 Abs. 1 S.2 ZPO) als auch die Überprüfung der Verwertbarkeit (Abs. 2).<sup>67</sup>

Die §§ 811, 850 ff. ZPO nehmen bestimmte Sachen und Forderungen von der Pfändbarkeit aus. Die Norm bezweckt, dem Schuldner eine angemessene Lebensführung zu ermöglichen. Das Verbot der Kahlpfändung ist als Ausdruck der grundrechtlich garantierten Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und der allgemeinen

---

<sup>62</sup> Zöller/Stöber, ZPO, § 803, Rn. 6.

<sup>63</sup> Zu der höchst problematischen Frage der Unternehmensbewertung siehe nachstehend unter „Teil 3 A.II.3.bb“.

<sup>64</sup> Prütting/Gehrlein/Tombrink, ZPO, § 803, Rn. 5; vgl. auch hinsichtlich der Zulässigkeit Zöller/Stöber, ZPO, § 803, Rn. 5.

<sup>65</sup> Vgl. schon BGHZ 151, 384, 384 f.

<sup>66</sup> Vgl. Prütting/Gehrlein/Tombrink, ZPO, § 803, Rn. 8.

<sup>67</sup> Vgl. Zöller/Stöber, ZPO, § 803, Rn. 4, 9.

Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) anzusehen und entspricht dem verfassungsrechtlichen Sozialstaatsprinzip der Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG.<sup>68</sup> Der sachliche Anwendungsbereich der Norm beschränkt sich ausweislich des Wortlauts auf bewegliche Sachen (§ 811 ZPO) beziehungsweise Forderungen (§§ 850 ff. ZPO). Danach sind insbesondere die Fälle der Pfändung sonstiger Vermögensrechte im Sinne des § 857 ZPO nicht erfasst.<sup>69</sup>

§ 850 ZPO sichert dem Schuldner nicht bloß ein Existenzminimum, sondern ein freiheitsgewährendes Niveau.<sup>70</sup> Im Bereich der Pfändung des Arbeitseinkommens ist allerdings eine Interessenabwägung mit den Gläubigerinteressen aus Art. 14 GG anzustellen. Dies folgt aus der regelmäßig großen Bedeutung des Einkommens als überhaupt geldwerte Positionen beim Schuldner.<sup>71</sup> Die §§ 850d ff. ZPO normieren eine Reihe von Besonderheiten hinsichtlich der (bedingten beziehungsweise beschränkten) Pfändbarkeit von Forderungen. Gemäß § 850d ZPO sind bestimmte Forderungen aus sozialen Gründen privilegiert und weitergehend pfändbar. Darüber hinaus wird dem Vollstreckungsrichter nach § 850f ZPO die Modifizierung des Pfändungsschutzes auf Schuldnerantrag (Absatz 1) wegen besonderer Umstände aus seinen Verhältnissen,<sup>72</sup> oder auf Antrag des Gläubigers einer Forderung aus unerlaubter Handlung (Absatz 2) oder bei gut verdienendem Schuldner<sup>73</sup> (Absatz 3), anheim gestellt. Zuletzt wird der Schutz des Gläubigers dadurch flankiert, dass § 850h ZPO die Verschleierung von Arbeitseinkommen erschwert.

Wertungsmäßig interessant ist in diesem Bereich die Entscheidung des BGH,<sup>74</sup> der eine Ausweitung des Schuldnerschutzes durch eine Analogie zu den schuldnerschützenden Normen §§ 811, 850 ff. ZPO ablehnte. Der gesetzgeberische Wille hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Schuldnerschutzes käme hinreichend deutlich zum Ausdruck. Jedoch stellte der BGH klar, dass eine verfassungskonforme Auslegung nach allgemeinen Grundsätzen erforderlich sein kann.<sup>75</sup>

---

<sup>68</sup> Vgl. BGH, DGVZ 2004, 71, 71 ff.; Zöller/Stöber, ZPO, § 811, Rn. 1.

<sup>69</sup> Allg. Auffassung, siehe nur Prütting/Gehrlein/Flury, ZPO, § 811, Rn. 3, m.w.N.

<sup>70</sup> Prütting/Gehrlein/Ahrens, ZPO, § 850, Rn. 1 zieht dafür als überzeugendes Argument den Umkehrschluss aus § 850 f Abs. 1 ZPO heran.

<sup>71</sup> Prütting/Gehrlein/Ahrens, ZPO, § 850, Rn. 2.

<sup>72</sup> Siehe eine Aufzählung bei Baur/Stürns/Bruns, Rn. 24.37.

<sup>73</sup> Ab dem 1.7.2015 3253,87 Euro monatlich.

<sup>74</sup> Nach BGH WuM 2005, 138, 138 f. stellen die Normen gerade auch einen Ausdruck der angemessenen Abwägung der widerstreitenden verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Parteien dar.

<sup>75</sup> In BGHZ 160, 197, hatte das Gericht eine Gläubigerfreundliche Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 851 ZPO bejaht.



Daneben kommt im Bereich der vorläufigen Vollstreckbarkeit ein Schutzantrag gemäß § 712 Abs. 1 S. 1 ZPO bei nicht zu ersetzenden Nachteilen des Schuldners in Betracht. Teilweise werden trotz des Wortlauts schon „schwer zu ersetzende“ Nachteile unter die Norm gefasst.<sup>76</sup> Erfasst sind also Schäden, die nicht durch Geld wieder gutzumachen sind, etwa Schäden durch Auskünfte über Betriebsgeheimnisse. Nicht dagegen jedoch beispielsweise eine durch die Zwangsvollstreckung drohende Insolvenz, sofern die Gesellschaft ohnehin schon in der Liquidation ist.<sup>77</sup> Gemäß § 712 Abs. 2 ZPO dürfen die Gläubigerinteressen an der Vollstreckung nicht überwiegen, was das Gericht abzuwägen und in den Entscheidungsgründen darzustellen hat. Das Interesse des Gläubigers überwiegt in der Regel schon, wenn die dem Schuldner aus der Vollstreckung drohenden Nachteile nicht größer sind als die potenziellen des Gläubigers.<sup>78</sup> Der Schuldnerschutz ist sodann gestaffelt normiert: Regelfall ist die Abwendung durch Sicherheitsleistung durch den Schuldner, § 712 Abs. 1 S. 1 ZPO. Nach dessen Absatz 2 Satz 2 kann das Gericht die Vollstreckbarkeit an eine Sicherheitsleistung des Gläubigers knüpfen (in den Fällen des § 708 ZPO). Zuletzt kann das Gericht ausnahmsweise davon absehen, das Urteil für vorläufig vollstreckbar zu erklären.<sup>79</sup>

An anderen Stellen sieht die ZPO weitere spezielle Ausgestaltungen des Schuldnerschutzes vor, die häufig die Auswirkungen einzelner Vollstreckungsarten auf den Schuldner zu begrenzen suchen, indem sie spezielle Mechanismen des Schuldnerschutzes regeln oder die Wirkungsweise untermauern sollen.<sup>80</sup>

## b. § 765a ZPO als schuldnerschützende Generalklausel

Darüber hinaus beinhaltet das Vollstreckungsrecht mit § 765a ZPO eine schuldnerschützende Generalklausel, welche 1952 durch das Gesetz über Maßnahmen

---

<sup>76</sup> Prütting/Gehrlein/Kroppenberg, ZPO, § 712, Rn. 3.

<sup>77</sup> OLG Frankfurt, MDR 1985, 507, 507 ff.

<sup>78</sup> Schuschke/Walker/Schuschke, Vollstreckung und einstweiliger Rechtsschutz, § 712, Rn. 4; Prütting/Gehrlein/Kroppenberg, § 712, Rn. 3.

<sup>79</sup> Vgl. bei Schuschke/Walker/Schuschke, Vollstreckung und einstweiliger Rechtsschutz, § 712, Rn. 6 f.

<sup>80</sup> Gerade im Bereich der Wohnungsdurchsuchung wird die Zwangsvollstreckung verschiedentlich begrenzt. §§ 721, 794a ZPO normiert den Schutz bei Herausgabe- und Räumungsvollstreckung. Flankierend wirkt § 758a ZPO genannt werden, dessen Abs. 4 Wohnungsdurchsuchungen zur Nachtzeit verbietet, wenn diese eine „unbillige Härte“ für den Schuldner und Mitgewahrsamsinhaber darstellen, dazu unten mehr. Im Bereich der Vollstreckung wegen Geldforderungen in bewegliche Sachen, §§ 803, 811 f., 813a f., 817a ZPO. Im Bereich der Forderungspfändung greifen die §§ 850 ff. ZPO, sowie §§ 54 f. SGB AT.

auf dem Gebiet der Zwangsvollstreckung aufgenommen wurde. Die Norm ermöglicht die Aufhebung, Einstellung oder Untersagung von Maßnahmen der Zwangsvollstreckung, sofern diese den Schuldner in einer nicht mit den guten Sitten zu vereinbarenden Härte treffen. In zeitlicher Hinsicht hat der BGH zuletzt die Grenzen betont, wonach die Aufhebung eines schon rechtskräftig gewordenen Zuschlagsbeschlusses über § 765a ZPO nicht in Betracht kommt.<sup>81</sup> Der *Passus sittenwidrige Härte* erlaubt die Berücksichtigung der Grundrechte des Schuldners.<sup>82</sup> Gleichzeitig betont die Norm die Beachtung der Gläubigerinteressen und führt somit eine Abwägung der jeweils betroffenen Schuldnergrundrechte mit dem Eigentumsgrundrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) beziehungsweise dessen Durchsetzung im Sinne der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) herbei.<sup>83</sup>

Der BGH hat am 25.6.2004 den Standpunkt aus dem Jahre 1965 bekräftigt,<sup>84</sup> dass § 765a ZPO einer engen Auslegung bedarf, da sie eine Ausnahmegvorschrift darstellt. Aus ihrem Charakter als Auffangtatbestand wird man folgern müssen, dass eine Anwendung ausscheidet, sofern die spezielleren Vorschriften des Schuldnerschutzes eingreifen. Präzisiert bedeutet dies, dass der Schuldner den Antrag auf Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO nicht auf solche Gründe stützen darf, die er mit den speziellen Rechtsbehelfen geltend machen könnte.<sup>85</sup> Vorgegangen werden kann stets nur gegen eine konkrete Maßnahme der Vollstreckung, was das zugrundeliegende Vollstreckungsverfahren unberührt lässt.<sup>86</sup> Daraus folgt zugleich, dass der Vollstreckungsschutz nach § 765a ZPO nicht zu einer vollständigen Entwertung des durch den Gläubiger erstrittenen Titels führen kann und soll.

Tatbestandlich ist ein Antrag des Schuldners nur begründet, sofern die Vollstreckung für den Schuldner wegen *ganz besonderer* Umstände eine *sittenwidrige Härte* bedeutet. Entscheidende Bedeutung kommt hierbei dem letztgenannten Merkmal zu. Das Erfordernis besonderer Umstände unterstreicht im Wesentlichen nur den Ausnahmecharakter, den eine Auffangvorschrift im System unserer

---

<sup>81</sup> BGH WuM 2009, 679.

<sup>82</sup> Vgl. grundlegend BVerfGE 52, 214, 219 f.; BVerfG NJW 2004, 49, 49.

<sup>83</sup> Zu der verfassungsrechtlichen Diskussion eingehend "Teil 2 A.I.1., 2."

<sup>84</sup> BGH NJW 2004, 3635, 3635 ff. und zuvor BGHZ 44, 138, 143.

<sup>85</sup> Musielak/Lackmann, ZPO, § 765a, Rn. 2; weiterhin darf die materielle Einwendung nicht schon im Erkenntnisverfahren vorgelegen haben, Brox/Walker, Zwangsvollstreckung, Rn. 1481.

<sup>86</sup> OLG Köln NJW 1994, 1743.

Zwangsvollstreckung, mit einem anerkannten Mindestmaß an Effektivität, haben muss. Die Folgen der Vollstreckung müssen für den Schuldner ein *ganz untragbares Ergebnis bedeuten*<sup>87</sup>. Dieses sittenwidrige Missverhältnis zwischen den Gläubigerinteressen an der Realisierung seines Anspruchs und den Auswirkungen beim Schuldner ist unter Berücksichtigung der verfassungsmäßigen Wertentscheidungen und Grundrechte des Schuldners zu ermitteln.<sup>88</sup> Im Einzelfall kann sich die besondere, die Sittenwidrigkeit begründende Härte allerdings auch aus der *Art oder dem Zeitpunkt* der Vollstreckungsmaßnahme ergeben.<sup>89</sup>

Die tatbestandliche Ausgestaltung des § 765a ZPO stellt eine Konkretisierung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar.<sup>90</sup> Weiteres Gewicht erhält dieser Grundsatz dadurch, dass sodann bei der Prüfung der Voraussetzungen und der vorzunehmenden Abwägung zu beachten ist, dass das verfassungsmäßige Gebot rechtsstaatlichen Handelns stets die Wahrung der Verhältnismäßigkeit verlangt. Sofern der Gläubiger die öffentliche Hand ist, gilt im Rahmen der Zwangsvollstreckung ohnehin das sogenannte Übermaßverbot.<sup>91</sup> Konsequenterweise bildet der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine eigene Fallgruppe, in der häufig eine sittenwidrige Härte angenommen wird. Danach sind Vollstreckungsmaßnahmen, aus denen der Gläubiger keine Befriedigung erlangen kann, regelmäßig nicht verhältnismäßig.<sup>92</sup> Sofern der Gläubiger keine Befriedigung erlangen kann, führt die Maßnahme einseitig zu einer Schädigung des Schuldners. Dieser Befund wird dadurch bestätigt, dass das Zwangsvollstreckungsrecht im Bereich der Vollstreckung in bewegliche Sachen eine Pfändung bei deren Zwecklosigkeit untersagt (§§ 803 Abs. 2, 812 ZPO).<sup>93</sup> Gleichzeitig wird nach dem oben Gesagten die Relevanz auf Fälle der Zwangsvollstreckung in andere Vermögenswerte oder Rechte verlagert. Die Frage welcher Maßstab an die „Nutzlosigkeit“ anzulegen ist, soll noch diskutiert werden.<sup>94</sup> Darüber hinaus sind wohl auch Fälle denkbar, in denen der Schuldnerschutz bei ungewöhnlichen wirtschaftlichen Nebenfolgen überwiegt, die mit dem Vollstreckungsvorgang

---

<sup>87</sup> BGHZ 44, 138, 143.

<sup>88</sup> Siehe etwa BVerfG, NJW 2004, 49, 49 f.; BVerfG NZM 2005, 657, 657 f.

<sup>89</sup> Vgl. OLG Frankfurt, OLGZ 81, 250; Zöller/Stöber, ZPO, § 765a, Rn. 9.

<sup>90</sup> Vgl. schon *Gaul*, DGVZ 2005, 113, 120 ff.; näher zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sogleich „Teil 2 A.I.4.c.“.

<sup>91</sup> Schuschke/Walker/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, § 765a, Rn. 25.

<sup>92</sup> *Gerhardt*, ZZP 1982, 467, 482 ff.

<sup>93</sup> „Teil 2 A.I.4.a.“.

<sup>94</sup> Schuschke/Walker/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, § 765a, Rn. 17 spricht etwa von Sittenwidrigkeit sofern es dem Gläubiger nichts „nützt“.

nichts zu tun haben.<sup>95</sup> Darüber hinaus wird im Bereich der Zwangsversteigerung § 765a ZPO als Ergänzung zum Verschleuderungsschutz erwogen.<sup>96</sup> Es sind in der Literatur und Rechtsprechung eine Vielzahl von Fallgruppen zu finden, in denen eine Maßnahme der Zwangsvollstreckung eine sittenwidrige Härte darstellt.<sup>97</sup> Der in der Praxis am häufigsten diskutierte Fall ist die drohende Gefahr für das Leben oder die Gesundheit des Schuldners: Die Rechtsprechung zu § 765a ZPO ist dominiert von Fällen der Räumungsvollstreckung, in denen vornehmlich augenscheinlich suizidgefährdete Schuldner vor den Folgen einer Zwangsvollstreckung zu bewahren sind.<sup>98</sup> Dabei betont der BGH auch in den krassen Fällen einer drohenden konkreten Lebensgefahr den Ausnahmecharakter einer vollständigen Vollstreckungseinstellung angesichts des gegenläufigen Vollstreckungsinteresses des Gläubigers.<sup>99</sup> Eine solche Gefahr für Leib oder Leben ist jedoch nicht der einzige Maßstab. So ist anerkannt, dass auch drastische finanzielle Probleme zu berücksichtigen sein können. So wurde schon 1965 der Verlust der wirtschaftlichen Existenz des Schuldners als solcher Umstand angesehen, die er bei einer zwangsweisen Räumung seines Geschäftslokals verlieren würde.<sup>100</sup> Die finanziellen Auswirkungen der Vollstreckung auf den Schuldner sind allerdings gerade Sinn und Zweck der zwangsweisen Durchsetzung, um mit den erhaltenen Mitteln den Gläubiger zu befriedigen. Daraus folgt ein umso höherer Maßstab der Besonderheit der Umstände. Richtigerweise sind spiegelbildlich zu der Betrachtung der Besonderheiten beim Schuldner auch beim Gläubiger besondere Umstände im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen. Hier können etwa schwere finanzielle Nachteile bei ausbleibender Durchsetzung des Anspruchs in Betracht kommen.

---

<sup>95</sup> Siehe bei Schuschke/Walker/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, § 765a, Rn. 16.

<sup>96</sup> Ott, Der Schutz des Schuldners und der nachrangigen Gläubiger vor Vermögensverschleuderung im Zwangsversteigerungsverfahren, S. 106 ff. schlägt in Einzelfällen einen über die formalisierten §§ 74a, 85a ZVG hinausgehenden Verschleuderungsschutz vor. Im Einklang mit der Rechtsprechung fordert ders, S. 109, Einschränkungen des Anwendungsbereichs der Generalklausel, dass neben einem krassen Missverhältnis die sichere Aussicht besteht, im folgenden Termin ein höheres Gebot zu erreichen.

<sup>97</sup> Vgl. etwa die Darstellung bei MüKo/ZPO/Henßler, § 765a, Rn. 26 – 38 m.w.N.

<sup>98</sup> In der aktuelleren Rechtsprechung siehe nur, BGH WuM 2008, 96, 96 f.; BGH WuM 2009, 314, 315; BGH, FamRZ 2011, 33; LG München WuM 2013, 625, 625 f.;

<sup>99</sup> BGH, WuM 2008, 36, 36 f.

<sup>100</sup> OLG Hamm, NJW 1965, 1386.

Für die korrekte Anwendung des § 765a ZPO gilt es demnach zunächst die oben genannte Grundrechtskollision zu beachten und abzuwägen.<sup>101</sup> Die Bestimmung der Sittenwidrigkeit hat im konkreten Fall daher immer mit Blick auf die Gläubigerinteressen zu erfolgen. Stets ist zu bedenken, dass dieser schließlich schon einen Titel erstritten hat. Daraus folgt zuvorderst, dass die Gerichte dem Gläubiger in materieller Hinsicht Recht gegeben haben. Soweit wird man dem Gläubiger zusprechen müssen, dass dieser darauf vertrauen kann, dass der Staat das materiell für rechtens erklärte sodann auch durchsetzt.<sup>102</sup> Ungeachtet der Frage, ob der Schuldner das Betreiben der Zwangsvollstreckung nicht vermeiden wollte oder konnte, ist er dagegen *materiell-rechtlich* in der Regel durch eigenes Verhalten zum Schuldner geworden. Grundsätzlich wird die Abwägung nicht um die Belange Dritter erweitert.<sup>103</sup> Allerdings können die Auswirkungen der Zwangsvollstreckung auf den Dritten wiederum für den Schuldner selbst eine sittenwidrige Härte bedeuten.<sup>104</sup> Anknüpfungspunkt bleibt gleichwohl der Schuldner.

### c. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Neben den ausdrücklich normierten Schuldnerschutzvorschriften beinhaltet das Zwangsvollstreckungsrecht eine Reihe von Vorschriften, die Ausfluss des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sind.<sup>105</sup> Das Verfahrensrecht und die Verfahrensgestaltung müssen sich an den Grundaussagen der Verfassung messen lassen, und demnach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Danach muss der Eigentumseingriff beim Schuldner erforderlich und angemessen sein, die Gläubigerbefriedigung als Ziel der Vollstreckung zu erreichen.<sup>106</sup> Im Gegensatz zum öffentlich-rechtlichen Verwaltungsverhältnis, indem der Staat vertikal auf den Bürger einwirkt, sollte im Zwangsvollstreckungsverfahren richtigerweise etwas restriktiver mit der abwägenden Betrachtung umgegangen werden.<sup>107</sup> Entsprechend der wohl überwiegenden Ansicht ergibt sich die Unverhältnismäßigkeit einer Maßnahme der Zwangsvollstreckung nicht schon wegen des

---

<sup>101</sup> *Gaul*, DGVZ 2005, 113, 120 ff.

<sup>102</sup> *Schuschke/Walker/Walker*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, § 765a, Rn. 23.

<sup>103</sup> OLG Schleswig, SchlHA 1956, 115; LG Konstanz, RPfleger 2007, 90.

<sup>104</sup> *Schuschke/Walker/Walker*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, § 765a, Rn. 20.

<sup>105</sup> Vgl. etwa §§ 803 Abs. 1 S. 2, Abs. 2, 811a, 811c Abs. 2, 812, 817a, 818, 918 ZPO, 85a ZVG.

<sup>106</sup> *Zöller/Stöber*, ZPO, Vor § 704, Rn. 29, mit „vernünftigen“ Zweck und Mittel, wohl schon *Böhmer* in seinem Sondervotum zu BVerfGE 49, 228, siehe näher „Teil 4 B.I.1.b.“.

<sup>107</sup> *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckung, § 3, Rn. 47.

geringen Werts der Forderung des Gläubigers.<sup>108</sup> Eine abstrakte Bagatellgrenze ist zur Ermittlung der Verhältnismäßigkeit einer Vollstreckungsmaßnahme ungeeignet. Ebenso findet sich keine Handhabe die anfallenden Vollstreckungskosten als Untergrenze für den Wert der zu realisierenden Forderung heranzuziehen. Vielmehr ist die Frage der Verhältnismäßigkeit unabhängig von einem geldwerten Verständnis zu beantworten.

Daneben wendet die Rechtsprechung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei der Entscheidung von einzelnen Fällen „korrigierend“ an. Der BGH erweiterte etwa den Schutz der grundrechtlichen Interessen des Schuldners durch Heranziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit über den gesetzlich vorgesehenen Anwendungsbereich des § 825 Abs. 2 ZPO hinaus.<sup>109</sup> Danach sei § 818 ZPO Ausdruck des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und dieser ließe sich als Rechtsgedanke übertragen. Insbesondere auch bei der Auslegung der Generalklausel des § 765a ZPO hat der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erhebliches Gewicht.<sup>110</sup> In den hier nicht näher zu behandelnden „Suizidfällen“, in denen der Aussicht auf Erreichung der Gläubigerziele die Möglichkeit des Suizids des Schuldners entgegensteht, überrascht dies wenig. Außerdem legt die im Auffangtatbestand vorgesehene Abwägung die Heranziehung einer Verhältnismäßigkeitsprüfung nahe, indem dieser tatbestandlich eine Härte *unter voller Würdigung der Gläubigerinteressen* bedeutet.

#### d. Interessen Dritter

Daneben kann freilich der Rechtskreis von Personen betroffen sein, die nicht selbst Partei des Ausgangsverfahrens waren. Die ZPO kennt den „Dritten“ beziehungsweise den „Drittschuldner“ und nennt diesen ausdrücklich an einigen Stellen.<sup>111</sup> Die Berücksichtigung der Interessen dieser und anderer Personen im konkreten Vollstreckungsverfahren ist allerdings nur vereinzelt vorgesehen. Weitestgehend wird dem Dritten nur der Weg über die Einlegung von den sogenannten Vollstreckungsrechtsbehelfen<sup>112</sup> zur Wahrung seiner Interessen möglich

---

<sup>108</sup> So bei MüKo/ZPO/Heßler, § 753, Rn. 51 m.w.N.; dagegen etwa AG Bremen DGVZ 1989, 1022.

<sup>109</sup> BGHZ 170, 243, 248.

<sup>110</sup> Vgl. etwa den schon oben diskutierten grundlegenden Fall BVerfG 52, 214, 214 ff.; BVerfG NJW 1992, 1155.

<sup>111</sup> Insb. §§ 771 ff., 802a, f, 805, 806a, 809, 815 829, 850g, h ZPO.

<sup>112</sup> Die Erinnerung gegen Maßnahmen des Vollstreckungsorgans (§ 766 ZPO), die Drittwiderspruchsklage zur Geltendmachung materieller Rechte (§ 771 ZPO), die Klage auf vorzugsweise Befriedigung (§ 805 ZPO).

sein, sowie letztlich materiell-rechtlichen Ausgleichsansprüchen. Wie gezeigt ist eine Erfassung der Belange Dritter über die Generalklausel des § 765a ZPO nicht möglich, da dieser stets die Auswirkungen beim Schuldner im Blick hat.<sup>113</sup>

Im Bereich der Wohnungsdurchsuchung sind auch Mitgewahrsamsinhaber vom Schutzbereich des § 758a Abs. 4 ZPO erfasst. Danach soll eine Vollstreckung unterbleiben, wenn der Mitgewahrsamsinhaber durch eine Vollstreckung zur Unzeit unbillig hart getroffen wäre. Im Bereich des § 758a ZPO sind Mitgewahrsamsinhaber der Wohnung regelmäßig Mitbewohner oder Angehörige des Schuldners. Diese trifft nach Abs. 3 eine Duldungspflicht im Interesse einer reibungslosen Vollstreckung, sofern gegen den Schuldner eine Anordnung vorliegt, beziehungsweise entbehrlich ist nach § 758a Abs. 1 S. 2 ZPO.<sup>114</sup> Gleichzeitig ist anerkannt, dass im Sinne einer Verhältnismäßigkeit eine Abstufung der Beeinträchtigungen bei dem Dritten vorzunehmen ist.<sup>115</sup>

Die mögliche Beeinträchtigung der Interessen Dritter liegt in Fällen der Zwangsräumung einer Wohnung auf der Hand, die neben dem Schuldner noch eine andere Person bewohnt. Mit Blick auf diese Konstellationen wird im Schrifttum bisweilen hinsichtlich der genauen Verhältnisse zwischen den Personen differenziert.<sup>116</sup> Interessant ist, dass der BGH nunmehr einen Räumungstitel gegen jeden mitbesitzenden Mitbewohner verlangt und zwar unabhängig von der Frage, in welchem (mietvertraglichen) Verhältnis diese zueinander stehen.<sup>117</sup> Dies hat

---

<sup>113</sup> „Teil 2 A.I.4.b.“

<sup>114</sup> Siehe nur MüKo/ZPO/Heßler, § 758a, Rn. 11, *Schilken*, RPfleger 1994, 138, 138 ff.; in verfassungsmäßiger Hinsicht ergeben sich nach überwiegender Auffassung keine Bedenken, da die Beeinträchtigungen für die genannten Personen in den gemeinschaftlich genutzten Räumen keine ausreichende Verletzung der Privatsphäre bedeute, vgl. etwa OLG Stuttgart, RPfleger 1981, 152; OVG Lüneburg, NJW 1984, 1369, *Frank*, JurBüro 1983, 801, 815; andere wollen die Problematik über eine „klassische“ Abwägung der betroffenen Grundrechte lösen, z.B. Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, § 758a, Rn. 7.

<sup>115</sup> Danach darf der Gerichtsvollzieher keinesfalls Zwang gegen Dritte anwenden. Auch ziel- und zweckgerichtetes Suchen, also zum Aufspüren von Gegenständen, ist unzulässig und würde eine gesonderte Prüfung der Voraussetzungen der Wohnungsdurchsuchung bei dem Dritten erfordern, siehe MüKo/ZPO/Heßler, § 758a, Rn. 20 m.w.N.; konsequenterweise wird die Ausübung von Zwang gegen Dritte umso deutlicher abgelehnt, MüKo/ZPO/Heßler, § 758a, Rn. 18.

<sup>116</sup> Die Unterscheidung nach den einzelnen Personengruppen etwa bei Zöller/Stöber, ZPO, § 885 Rn. 6 ff. m.w.N.; insbesondere hinsichtlich Familienangehöriger viel diskutiert, siehe die Streitdarstellung bei Stein/Jonas/Brehm, ZPO, § 885, Rn. 10 ff.

<sup>117</sup> BGH, NJW-RR 2003, 1450, 1450 f.; Vgl. BGH, NJW 2008, 3287, 3287 f.; anders LG Hamburg, DGVZ 2005, 164, 164 f. die bei evidentem Rechtsmissbrauch durch Besitzübertragung zur Vollstreckungsvereitelung auf einen gesonderten Titel verzichten würden; auch AG Hamburg-St. Georg, DGVZ 2007, 63.

zur Konsequenz, dass die mitbesitzende Person nicht mehr lediglich im Sinne der obigen Definition Dritter ist, sondern in das Vollstreckungsverfahren mit einbezogen wird.

## II. Formalisierungsgrundsatz und Kompetenzen der Vollstreckungsorgane

Ein Bedürfnis einer „flexiblen Handhabung des Vollstreckungsrechts“ steht dabei im Widerstreit zum grundsätzlich formalisierten Vollstreckungsverfahren.

### 1. Grundsatz: Formalisiertes Verfahren

Das deutsche Zwangsvollstreckungsrecht ist von einer weitgehenden Formalisierung gekennzeichnet. Der Formalisierungsgrundsatz ist die Konsequenz der Aufgliederung von Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren, sowie der ermöglichten Übertragung von Vollstreckungsaufgaben auf besondere Vollstreckungsorgane.<sup>118</sup>

Der historische Gesetzgeber verfolgte eine klare Aufgabenteilung der Gerichte durch ein Prinzip der organisatorischen Trennung.<sup>119</sup> Danach umfasste die dem Vollstreckungsorgan obliegende Prüfung lediglich formale Gesichtspunkte.<sup>120</sup> Im Mittelpunkt stand dabei das Interesse an einer effizienten Vollstreckung.

Grundsätzlich steht den Vollstreckungsorganen daher keine Würdigung der Rechtmäßigkeit des Vollstreckungstitels zu.<sup>121</sup> Für das Vollstreckungsverfahren folgt daraus, dass die Vollstreckung im Wesentlichen lediglich von formalen Voraussetzungen abhängt und die materielle Rechtslage außer Betracht bleibt.<sup>122</sup>

Die Rechtmäßigkeit des Vollstreckungstitels wird demnach ungeachtet des Schicksals des materiellen Anspruchs beurteilt. Weitere Konsequenz ist, dass der Schuldner selbst tätig werden muss, um etwa im Wege der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO den titulierten Anspruch überprüfen zu lassen.

---

<sup>118</sup> *Schneider*, DGVZ 1986, 130, 130.

<sup>119</sup> *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 5, Rn. 39.

<sup>120</sup> *Hahn/Mugdan*, Materialien zum GVG, S. 163.

<sup>121</sup> *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, 6.53.

<sup>122</sup> Vgl. etwa *MüKo/ZPO/Rauscher*, Einl., Rn. 408; *Schneider*, DGVZ 1986, 130, 131, weist zutreffend daraufhin, dass schon die Abgrenzung von formellem und materiellem Recht freilich nicht immer problemlos durchzuführen ist.



Von dieser Grundregel findet sich eine Reihe von Durchbrechungen und Ausnahmen, die schon im Gesetz verankert sind.<sup>123</sup> Insgesamt lässt sich eine gewisse Auflockerung des formalisierten Verfahrens beobachten.<sup>124</sup> Die existierenden Durchbrechungen vermögen jedoch nicht die grundsätzlich formalisierte Zwangsvollstreckung dergestalt aufzuweichen, dass der Formalitätsgrundsatz in Zweifel gezogen werden könnte.<sup>125</sup> Danach stellt das formalisierte Handeln des Vollstreckungsorgans die Regel dar und eine Abweichung stets nur eine Ausnahme.

## 2. Prüfungskompetenzen der Vollstreckungsorgane

Nichtsdestotrotz führt ein streng formalisiertes Vollstreckungsverfahren zu Schwierigkeiten, inwieweit das Vollstreckungsorgan die Auslegung von Rechtsbegriffen vornehmen kann, welche materiell- oder verfassungsrechtliche Wertungen enthalten.<sup>126</sup> Die Auslegung von Rechtsbegriffen ist schließlich auch für die Vollstreckungsorgane unvermeidlich. Sofern die Vollstreckungsorgane materiell-rechtliche Merkmale zu beachten haben,<sup>127</sup> ist zweifelhaft, inwieweit den Vollstreckungsorganen eine eigenständige Prärogative zur Prüfung etwaiger materiell-rechtlicher Merkmale zustehen kann.<sup>128</sup>

Ausgehend von der grundsätzlich anerkannten Formalisierung, wird in lediglich in eng umgrenzten Konstellationen kontrovers beurteilt, ob dem Vollstreckungsorgan eigene Prüfungskompetenzen zustehen. Hierher gehört etwa die Frage der Zwangsvollstreckung gegen Prozessunfähige,<sup>129</sup> oder inwieweit das Vollstreckungsorgan die Prüfung anstellen darf, ob weitergehende Anspruchsgrundlagen

---

<sup>123</sup> Siehe dazu bei *Schneider*, DGVZ 1986, 130, 133 ff.: Danach bestehen gesetzliche Ausnahmen etwa im Rahmen der Prüfung der Vollstreckungsreife durch den Gerichtsvollzieher (bei Sicherheitsleistungen, § 726 Abs. 1 ZPO; Zug-um-Zug Leistungen, § 726 Abs. 2 ZPO, bei kalendermäßig befristeten Leistungen, § 751 Abs. 1 ZPO und Zustellungsfristen, § 798 ZPO). Darüber hinaus ist etwa die Vollstreckung wegen Geldforderungen in bewegliche Sachen im Sinne des § 808 ZPO mit Blick auf die Besonderheiten zwischen Ehegatten, §§ 809, 739 ZPO und § 1362 Abs. 1 S. 2 BGB selten rein formal zu betrachten. Gleiches kann sich im Rahmen der Herausgabevollstreckung insbesondere von Wohnraum ergeben, wenn die Vollstreckung für den Schuldner eine besondere Härte entgegen der guten Sitten im Sinne des § 765a Abs. 1 ZPO darstellt, vgl. § 765a Abs. 2 ZPO.

<sup>124</sup> *Gaul* in: FS Gerhardt, S. 259, 266 f.

<sup>125</sup> Anders allerdings *Schneider*, DGVZ 1986, 130, 137, der aufgrund der häufigen Durchbrechungen die Aussage eines formalisierten Vollstreckungsrechts weitgehend ablehnt.

<sup>126</sup> *Schneider*, DGVZ 1986, 130, 131.

<sup>127</sup> Vgl. im Einzelnen *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 5, Rn. 53.

<sup>128</sup> *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 6.54.

<sup>129</sup> Siehe zum Meinungsstand *Hertzfeld*, Zwangsvollstreckung gegen Prozessunfähige, S. 130 ff.

beruhen.<sup>130</sup> Den punktuellen Bedürfnissen nach einer Prüfungskompetenz wird in der Regel zügig mit den allgemeinen und grundlegenden Bedenken eines formalen Vollstreckungsverfahrens begegnet.<sup>131</sup> Ungeachtet dessen, ob man in einem konkreten Fall die Forderung nach einer Prüfungskompetenz für berechtigt hält,<sup>132</sup> lässt sich eine generelle Prüfungs- oder Verweigerungskompetenz der Vollstreckungsorgane nicht herleiten.<sup>133</sup> Dagegen spricht auch nicht, dass dem mit der Vollstreckung betrauten Organ naturgemäß ein gewisses Handlungsermessen zustehen muss. Dabei geht es aber um die Frage, *wie* der Vollstreckungsauftrag innerhalb der titulierten Bahnen ausgeübt wird.<sup>134</sup> Zu einer verfahrensrelevanten Entscheidung wird es dabei selten kommen. Abzulehnen ist demnach erst recht die (pauschale) Kompetenz des Vollstreckungsorgans zur Ablehnung der Durchführung einer Vollstreckung.<sup>135</sup>

### III. Absicherung durch einstweiligen Rechtsschutz

Der Gläubiger kann die Durchsetzung seines Anspruchs und seine Befriedigung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes absichern.

#### 1. Zweck und Merkmale

Gemeinsamer Zweck von Arrest (§§ 916 ff. ZPO) und einstweiliger Verfügung (§§ 935 ff. BGB) ist die Sicherstellung eines Zustandes, um die künftige Vollstreckung eines Urteils nicht zu gefährden.<sup>136</sup> Diese Sicherungsfunktion berück-

---

<sup>130</sup> Dies wird im Rahmen der Pfändung von Arbeitseinkommen relevant, da gemäß § 850 f Abs. 2 ZPO bei einer unerlaubten Handlung andere Grenzen Anwendung finden. Der BGH, BeckRS 2002, 30284833 entschied sich gegen eine Prüfungskompetenz des Vollstreckungsorgans im Rahmen des § 850 f ZPO und folgt damit etwa OLG Stuttgart, InVo 2000, 284, 285; OLG Hamm, InVo 2000, 429, 430; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, § 850 f., Rn. 10; MüKo/ZPO/Smid, § 850 f, Rn. 18; Musielak/Becker, ZPO, § 850 f, Rn. 10; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 850 f, Rn. 8b; für eine im Einzelnen unterschiedlich weitreichende Kompetenz sprechen sich unter anderem aus: OLG Celle InVo 1998, 326, 327; OLG Zweibrücken, InVo 2000, 214, 214 f.; KG, Beschluss vom 17. März 2000 – 25 W 6063/99; Frisinger, Privilegierte Forderungen in der Zwangsvollstreckung und bei der Aufrechnung, S. 123 f.

<sup>131</sup> Siehe etwa die fast lehrbuchartigen Ausführungen des BGH, BeckRS 2002, 30284833.

<sup>132</sup> Dazu noch eingehend nachstehend „Teil 4 B.I.1.“

<sup>133</sup> So im Ergebnis auch *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 6. 54, 6.59.

<sup>134</sup> Etwa die Auswahl des Spediteurs bei der Zwangsäumung, vgl. *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 6.55.

<sup>135</sup> Zur Aufwertung der Kompetenzen noch nachstehend „Teil 4 B.I.1.g.bb.“

<sup>136</sup> *Baur*, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, S. 1; dies gilt dem Grunde nach freilich auch für die außerhalb der ZPO geregelten ergänzenden Bestimmungen (etwa §§ 885, 899, 1615o BGB, § 12 Abs. 2 UWG, §§ 42a Abs. 6 S. 2, 101a Abs.3 UrhG, im PatG,

sichtigt, dass die Verfolgung des Hauptsacheverfahrens nebst Zwangsvollstreckung eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, was die Rechtsstellung des Gläubigers durch Zeitablauf und das Verhalten des Schuldners gefährden kann.<sup>137</sup> Der einstweilige Rechtsschutz ist damit eine Ausprägung der verfassungsrechtlichen Garantie des effektiven Rechtsschutzes, (Art. 19 Abs. 4 GG).<sup>138</sup> Grundsätzlich darf dabei der endgültigen Beurteilung im Hauptsacheverfahren nicht vorgegriffen werden, schließlich soll gerade dessen Entscheidungsfreiheit gewährleistet werden<sup>139</sup>. Dieses sogenannte Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache trägt einerseits dem Umstand Rechnung, dass eine geringere Richtigkeitsgewähr durch das verkürzte, summarische Verfahren besteht<sup>140</sup>. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt. Neben den gesetzgeberischen Durchbrechungen,<sup>141</sup> ist in Fällen eines dringenden Bedürfnisses auch die sogenannte Befriedigungs- oder Leistungsverfügung anerkannt,<sup>142</sup> namentlich sofern die Verweigerung auf das Hauptsacheverfahren den Gläubiger irreversibel schädigt, oder einer Rechtsverweigerung gleichkäme<sup>143</sup>. Entsprechend dem Zweck einstweiligen Rechtsschutzes, die Befriedigungsmöglichkeit sicherzustellen, wird dadurch andererseits gewährleistet, dass die materiell-rechtliche Klärung im Hauptsacheverfahren nicht durch bloßen Zeitablauf dadurch „vorweggenommen“ wird, dass eine Durchsetzung zu spät käme.

---

GebrMG sowie dem MarkenG), bzw. im Rahmen der selbstständigen Regelungen anderer Verfahrensgesetze, siehe dazu Baur/Stürner/Bruns, § 53.3 bzw. 53.4.

<sup>137</sup> Schuschke/Walker/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Vor § 916-945, Rn. 2 f.; MüKo/ZPO/Drescher, Vorbemerkung zu den §§ 916 ff., Rn. 1.

<sup>138</sup> BVerfGE 79, 74; 93, 1, 13 f.; erfolgsversprechender Rechtsschutz als „Gegenleistung“ für das Verbot der Rechtsdurchsetzung durch Selbsthilfe, Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, vor § 916, Rn. 1.

<sup>139</sup> Heinze, Der einstweilige Rechtsschutz im Zahlungsverkehr der Banken, S. 18.

<sup>140</sup> MüKo/ZPO/Drescher, Vorb. §§ 916 ff., Rn. 7 m.w.N.

<sup>141</sup> Insbesondere die wettbewerbsrechtlichen Regelungen der § 24b Abs. 7 GebrMG, § 140b Abs. 7 PatG, § 42a Abs. 6 Satz 2 UrhG, § 12 UWG sowie der vereinzelt verfahrensrechtlichen Bestimmungen § 940a Abs. 3 ZPO, §§ 246 ff. FamFG.

<sup>142</sup> Allg. Auffassung OLG, Celle, NZW 2015, 166, 166 f.; OLG Jena, NJW-RR 2012, 862, 863; OLG Frankfurt a. Main, MDR 2004, 1019; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 123; OLG Köln, NJW-RR 1995, 1088; Zöller/Vollkommer, ZPO, § 940, Rn. 6; zur dogmatischen Herleitung siehe die Darstellung der unterschiedlichen Auffassungen Saenger, Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung, S. 38 f.; MüKo/ZPO/Drescher, § 938, Rn. 11 m.w.N.

<sup>143</sup> OLG Jena, NJW-RR 2012, 862, 863.

Im Übrigen ist der einstweilige Rechtsschutz dem Grunde nach als besonderes summarisches Erkenntnisverfahren zweistufig aufgebaut.<sup>144</sup> Das Gericht trifft zunächst eine Entscheidung über den Anspruch auf Sicherung der Durchsetzung des materiellen Anspruchs, welche in einem zweiten Schritt vollzogen wird. Die Durchführung der Vollziehung erfolgt gemäß den §§ 936, 928 ZPO entsprechend dem Inhalt der Verfügung.<sup>145</sup> Dabei wird das Risiko für Schäden beim Antragsgegner nach § 945 ZPO verschuldensunabhängig<sup>146</sup> auf den Antragsteller abgewälzt, sofern sich eine Anordnung einstweiligen Rechtsschutzes als von Anfang an ungerechtfertigt erweist oder wegen Fristablaufs (§§ 926 Abs. 2, 942 Abs. 3 ZPO) aufgehoben wird. Freilich können gleichwohl Schäden eintreten, die als solche nicht reparabel und nach den Grundsätzen der Naturalrestitution zu ersetzen sind.<sup>147</sup> Insgesamt stehen die gesetzliche Ausgestaltung des einstweiligen Rechtsschutzes und dessen praktischer Anwendungsbereich stets im Spannungsfeld von Notwendigkeit und restriktiver Handhabung<sup>148</sup> summarischer Verfahren.

## 2. Interessen der Beteiligten

Im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes konfliktieren das Interesse des Antragstellers an einem effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG, mit dem Bestreben des Antragsgegners an einer unrechtmäßigen Beschneidung seiner Rechte vor der endgültigen Entscheidung im Hauptsacheverfahren. Neben der Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG),<sup>149</sup> steht schließlich auch dem Antragsgegner ein Anspruch auf effektiven Rechtsschutz

---

<sup>144</sup> Zöller/*Vollkommer*, ZPO, Vor § 916, Rn. 3; Eine Ausnahme besteht gewissermaßen bei Unterlassungsverfügungen, die jedenfalls vom Zeitpunkt der Parteizustellung (vgl. BGHZ 180, 72, 75 f.; WM 1989, 927, 929; nach Ansicht des OLG Bremen, WRP 1979, 791 f., schon vor der Zustellung) zu beachten sind und mithin unmittelbar vollstreckungsrechtliche Wirkung haben, Schuschke/*Walker/Walker*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Vor § 916-945, Rn. 7. Zum besonderen Fall der Vollstreckung einer Verfügung auf Abgabe einer Willenserklärung, die jedenfalls dann keiner gesonderten Vollstreckung bedürften, sofern man eine Fiktion nach § 894 ZPO mit Erlass der einstweiligen Verfügung zulässt, nachstehend unter „Teil 3 B.II.2.d.aa.(3)“.

<sup>145</sup> Die Vollziehung erfolgt dann nach den für den verfügten Inhalt maßgeblichen allgemeinen Vorschriften, siehe die Übersicht bei *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1655 ff., 1664.

<sup>146</sup> Dabei wird die Einordnung des Haftungsgrundes als Gefährdungshaftung, Risikohaftung, Haftung aus unerlaubter Handlung oder einem Aufopferungsanspruch nicht einheitlich beurteilt, vgl. im Einzelnen die Darstellungen bei *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, § 717, Rn. 9 ff. m.w.N.

<sup>147</sup> Dazu nachstehend „Teil 3 B.II.2.d.aa.(2)“.

<sup>148</sup> Vgl. *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 50, Rn. 4 f.

<sup>149</sup> Zöller/*Vollkommer*, ZPO, Vor § 916, Rn. 1a.

zu, eine Entscheidung über den materiellen Anspruch in der Hauptsache abzuwarten. Dem Antragsteller ist es regelmäßig daran gelegen, bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens, und gegebenenfalls der Zwangsvollstreckung, keine rechtlichen oder tatsächlichen Einschränkungen zu erfahren. Verdeutlichen lässt sich das Interessengeflecht am Beispiel der sogenannten Leistungs- oder Befriedigungsverfügung. Als grundsätzlich anerkannte Ausnahme vom Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache,<sup>150</sup> ist sie zugleich Paradebeispiel und Ausgleich dieser widerstreitenden Interessen. Sofern die bloße Absicherung des Hauptverfahrens nicht zu einer Sicherung des mit dem Hauptsacheverfahren verfolgten Anspruchsbegehrens führt,<sup>151</sup> umfasst der verfassungsrechtlich verankerte Anspruch auf effektiven Rechtsschutz auch die Befriedigungsverfügung. Der Möglichkeit eines irreparablen Schadens auf Seiten des Antragsgegners durch eine Fehlentscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes steht die Möglichkeit eines irreparablen Schadens des Antragstellers bei einer Verweigerung entgegen.<sup>152</sup> Richtig ist, dass eine grundsätzliche Verweigerung den effektiven Rechtsschutz des Antragstellers,<sup>153</sup> sowie das verfassungsrechtliche Gebot ausgewogenen Rechtsschutzes torpediert<sup>154</sup>. Dies käme einer Ablehnung ohne Interessenabwägung im Einzelfall gleich. Stattdessen muss dies bei der Prüfung der Interessenabwägung im konkreten Fall erfolgen,<sup>155</sup> unter Abwägung der Prognoserisiken einerseits sowie der drohenden Folgen im Fall einer Fehlentscheidung andererseits.

---

<sup>150</sup> Allg. Auffassung siehe nur BVerfG, NJW 2005, 1103, 1103 ff.; OLG Celle, NZM 2015, 166, 166 f.; OLG Jena, NJW-RR 2012, 862, 862 f.; OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 123, 123; OLG Köln, NJW-RR 1995, 1088; wegweisend Wenzel, MDR 1967, 889, 894; Stein/Jonas/Grunsky, ZPO, vor § 935, Rn. 31; Zöller/Vollkommer, ZPO, § 940, Rn. 6 m.w.N.; insbesondere zu den unterschiedlichen dogmatischen Begründungen MüKo/ZPO/Drescher, § 938, Rn. 9 m.w.N.

<sup>151</sup> Dies betrifft in gegenständlicher Hinsicht Unterlassungsansprüche sowie Fälle einer Notlage, die eine sofortige Erfüllung erforderlich machen, Schuschke/Walker/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Vor § 916-945, Rn. 4.

<sup>152</sup> Schuschke/Walker/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Vor § 916-945, Rn. 4

<sup>153</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2005, 1103, 1103.

<sup>154</sup> Schuschke/Walker/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Vor § 916-945, Rn. 4.

<sup>155</sup> Allg. Auffassung, MüKo/ZPO/Drescher, Vorbemerkung zu den §§ 916 ff, Rn. 7, 938, Rn. 8; Schuschke/Walker/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, § 938, Rn. 8 f.

## B. Interessenlage in der GmbH

Die Rechtsform der GmbH und ihre rechtstatsächlichen Ausgestaltungen sind durch ein vielschichtiges Interessengeflecht geprägt. Diese bestehen sowohl im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander als auch im Spannungsfeld zu den Erwartungen und schützenswerten Interessen des Rechtsverkehrs und dessen Teilnehmern. Einen sachgerechten Ausgleich zu schaffen ist dabei einerseits eine Frage des materiellen Rechts im Widerstreit der privatautonomen Parteiinteressen und dem Schutz des Rechtsverkehrs. Andererseits ergeben sich Interessenkonflikte zwischen dem Schuldner, Gläubiger und auch Dritten bei der Rechtsdurchsetzung.<sup>156</sup>

Im Folgenden sollen die regelmäßig vorherrschenden Interessen und das sich ergebende Interessengeflecht in einer GmbH grundlegend skizziert werden. Um ein realistisches Bild zeichnen zu können, ist ein kurzer Blick auf die bestehenden weitgefächerten Ausgestaltungen in der Praxis unabdingbar. Die rechtstatsächliche Vielseitigkeit der GmbH bringt schon das GmbHG an seine Grenzen.<sup>157</sup> Diese Individualität führt gleichermaßen bei der Auslegung einzelner Normen und streitiger Fragestellungen zu Schwierigkeiten.

### I. Überblick: Mannigfaltigkeit der GmbH und Strukturmerkmale

#### 1. Vielfalt durch Flexibilität

Die GmbH ist mit 1.156.434 Gesellschaften die häufigste Rechtsform in Deutschland.<sup>158</sup> Das GmbH-Recht gibt einen weitestgehend flexiblen Rahmen vor. Gesellschaften mit beschränkter Haftung zeichnen sich daher durch eine große Vielfalt aus. Bei der gesetzlichen Schaffung 1892 verzichtete der Gesetzgeber auf die Begrenzung der Rechtsform auf eine bestimmte Unternehmensgröße.<sup>159</sup> Leitidee war die Schaffung einer Gesellschaft, die „bei festerer Bindung der Theilnehmer einfacher gestaltet und mit größerer Beweglichkeit ausgestattet ist, als die Aktiengesellschaft“<sup>160</sup>. Das GmbHG aktuellen Stands ist daher häufig weit gefasst. Die sich daraus ergebenden Spielräume galt es seit jeher auszulegen und zu konkretisieren.

---

<sup>156</sup> Dazu die Zusammenstellung in „Teil 4 A. I, II.1.“.

<sup>157</sup> Vgl. schon *Hommelhoff*, in: Roth/Hommelhoff, Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch, S. 26, 32.

<sup>158</sup> Siehe Nachweise unter Fußn. 1.

<sup>159</sup> Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schmidt-Leithoff*, GmbHG, Einl., Rn. 53.

<sup>160</sup> Amtliche Begründung zum GmbHG, S. 29.

Darüber hinaus waren vielerorts richterliche Rechtsfortbildungen erforderlich,<sup>161</sup> um aufkommenden praktischen Bedürfnissen zu entsprechen. Der Gesetzgeber ist im Laufe der Zeit immer wieder auf praxisrelevante Änderungsvorschläge eingegangen und hat dabei insbesondere auch dem grenzüberschreitenden Wettbewerb der Rechtsformen versucht zu entsprechen<sup>162</sup>.

## 2. Charakteristische Strukturmerkmale

Die GmbH weist eine Reihe von kennzeichnenden strukturellen Merkmalen auf: Nach heutigem Verständnis<sup>163</sup> wird sie als juristische Person des Privatrechts und, aufgrund des gesetzlichen Erfordernisses des Stammkapitals,<sup>164</sup> als haftungsbeschränkte Kapitalgesellschaft eingeordnet.

Anders als im Recht der Personengesellschaften kann die Geschäftsführung sowohl durch die Gesellschafter der GmbH, als auch durch Externe ausgeübt werden (sogenannte *Dritt- oder Fremdorganschaft*), vgl. § 6 Abs. 3 S. 1 GmbH.<sup>165</sup> Dabei lag es dem historischen Gesetzgeber daran, den Gesellschaftern die Wahl anheim zu stellen, eine für ihre jeweilige Gesellschaft passende Lösung zu finden.<sup>166</sup>

---

<sup>161</sup> Siehe dafür die Darstellung bei Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schmidt-Leithoff*, GmbHG, Einl., Rn. 61 ff. mit dem wohl bekanntesten Beispiel der Rechtsform der GmbH & Co. KG.

<sup>162</sup> Namentlich durch die Einführung einer Unternehmergesellschaft, § 5a GmbHG um der englischen Limited ein Pendant im hiesigen Recht entgegen zu setzen. Zu dem häufig verwandten Begriff des Wettbewerbs der Rechtsformen siehe etwa *Eidenmüller*, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen, ZGR 2007, 168 ff., oder aktuell monografisch *Hollinderbäumer*, Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen; Siehe eine Darstellung der Entstehung des GmbHG und der Änderungen bei Scholz/*H. P. Westermann*, Einleitung, Rn. 41 – 69.

<sup>163</sup> Heute unstreitig siehe nur MüKo/GmbHG/*Fleischer*, Einl., Rn. 5 m.w.N.; Lutter/Hommelhoff/*Lutter*, GmbHG, Einleitung, Rn. 2, Scholz/*H.P. Westermann*, GmbHG Einleitung, Rn. 6; zur historischen Gegenansicht *Levin Goldschmidts* siehe bei MüKo/GmbHG/*Fleischer*, Einl., Rn. 6.

<sup>164</sup> § 5 Abs. 1 GmbHG, vgl. auch das Haftungsprivileg § 13 Abs. 2 GmbHG; siehe die entsprechenden Vorschriften über die Kapitalaufbringung, §§ 5 Abs. 4, 7 Abs. 2, 3 sowie 8 Abs. 2 und 9 Abs. 1, 19 Abs. 2, 4 GmbHG. Folgerichtig dienen die §§ 30, 31 GmbHG der Kapitalerhaltung. Ein Sonderfall ist die Unternehmergesellschaft, § 5a GmbHG.

<sup>165</sup> Eine Unterscheidung zwischen Selbstorganschaft und einer Fremdorganschaft trifft das Gesetz jedoch für die Einmann-GmbH, § 35 Abs. 3 GmbHG.

<sup>166</sup> Amtliche Begründung zum GmbHG, S. 53, sowie bei MüKo/GmbHG/*Goette*, § 6, Rn. 13. Hierbei wird man die Ermöglichung der Berufung von gesellschaftsfremden Geschäftsführern wohl nicht lediglich als „Hinwendung zur kollektivistischen Gestaltung [der GmbH]“ sehen wie *Immenga*, Struktur der personalistischen Kapitalgesellschaft, S. 69 f., sondern – bei marktbezogener Betrachtung – wohl schon als Reaktion des Gesetzgebers auf das (gewachsene) Bedürfnis der gesellschaftsrechtlichen Praxis einordnen.

Schließlich bezeichnet das *Mehrheitsprinzip* die Struktur einer GmbH.<sup>167</sup> Die Gesellschaftergesamtheit ist typischerweise das höchste Organ der GmbH. Die jeweils erforderliche Mehrheit der Gesellschafter übt wiederum durch Gesellschafterbeschlüsse die maßgebliche Entscheidungsbefugnis im Einzelfall aus.<sup>168</sup> Die Gesellschafter einer GmbH sind in der *Gestaltung des Gesellschaftsvertrags* in wesentlichen Punkten frei,<sup>169</sup> eine Gesellschaft entsprechend ihren Vorstellungen und Anliegen zu formen. Im Innenverhältnis bieten sich innerhalb weniger grenzziehender Vorschriften und ungeschriebener Grundsätze weitreichende Spielräume.<sup>170</sup> Dies hat zur Folge, dass der Gesellschaftsvertrag das maßgebliche Instrument bei der Ausgestaltung und Ausrichtung<sup>171</sup> der GmbH entsprechend den Vorstellungen und Bedürfnissen der Gesellschafter ist. Versucht man die weit ausdifferenzierte Satzungspraxis etwas zu typisieren, lassen sich etwa folgende Einteilungen vornehmen: Ausgehend vom gesetzlichen Leitbild finden sich in der Praxis zunächst die personalistische GmbH und kapitalistische

---

<sup>167</sup> § 47 Abs. 1 GmbHG schreibt die einfache Mehrheit für Gesellschafterbeschlüsse vor; für satzungsändernde Beschlüsse gilt das Mehrheitsprinzip zumeist in qualifizierter Form, §§ 53 Abs. 2, 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG. Letztes nahm der BGH auch für den Gesellschafterausschluss aus wichtigem Grund an, BGHZ 9, 157, 177. Grundsätzlich ist Einstimmigkeit nur nach § 53 Abs. 3 GmbHG sowie analog § 33 Abs. 1 S. 2 BGB für Änderungen des Gesellschaftszwecks erforderlich, vgl. etwa Baumbach/Hueck/Zöllner, § 53, Rn. 29.

<sup>168</sup> Siehe zu den rechtspolitischen Fragen der „Aushöhlung“, MünchHdbGesR/Wolff, GmbH § 36 Rn. 4 und des erforderlichen Minderheitenschutzes bei MüKo/GmbHG/Fleischer, Einl., Rn. 32.

<sup>169</sup> Die Begrenzung der Privatautonomie durch eine Einschränkung der Gestaltungsfreiheit des Gesellschaftsvertrags bzgl. gesellschaftsformabhängiger, „typologischer“ Strukturen ist zutreffend abzulehnen, vgl. Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schmidt-Leithoff, GmbHG, Einl., Rn. 59 m.w.N.

<sup>170</sup> Insbesondere die §§ 50 Abs. 1, 2, 51a GmbHG sowie die §§ 61 Abs. 1, 2, 66 Abs. 2 GmbHG siehe bei Michalski/J. Schmidt, GmbHG, Syst. Darstellung 1, Rn. 11; weiterhin dürfen Regelungen, die zweckmäßig auf den Schutz öffentlicher Interessen gerichtet sind nicht umgangen werden, etwa § 49 Abs. 3 GmbHG. Ebenfalls darf die Verbandssouveränität als ungeschriebener Grundsatz nicht missachtet werden, Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, § 45, Rn. 7.

<sup>171</sup> In der Praxis wird das Innenverhältnis häufig derart ausgestaltet, dass die GmbH wesentliche Züge einer Personengesellschaft aufweist, siehe dafür schon Fischer, GmbHR 1953, 131, 132 f; MüKo/GmbHG/Fleischer, Einl. Rn. 27; Weiterhin stellen die Regelung von bestimmten Mehrheitserfordernissen oder dem GmbH-Recht ansonsten nicht enthaltenen Kündigungsgründen im Sinne von § 60 Abs. 2 GmbHG derartige Stellschrauben dar.



GmbH<sup>172</sup>. Maßgebliche Kriterien<sup>173</sup> für die erstgenannte Kategorie sind insbesondere die Zahl der Gesellschafter (wohl zwischen drei und sechs), die Beschränkung der Abtretbarkeit, der Gesellschafterkreis aus (überwiegend) natürlichen Personen sowie gegebenenfalls deren Identität mit den Gründern der Gesellschaft. Schließlich stellen der Umfang der Mitarbeit und eine Geschäftsführung durch die Gesellschafter (Selbstorganschaft) personalistische Merkmale dar.<sup>174</sup> Obgleich die Anteile einer GmbH nicht für den Handel an einer Börse zugelassen werden können, ist auch die Ausgestaltung als „kapitalmarktorientierte GmbH“ möglich.<sup>175</sup> Verglichen mit den für die Aktiengesellschaft geltenden Regelungen bestehen bei der GmbH insgesamt wesentlich weniger zwingende Vorgaben. Ohne auf die Unterschiede weiter einzugehen zwingt maßgeblich § 23 Abs. 5 AktG die AG in ein enges Satzungskorsett. Gleichmaßen gilt sowohl für die AG als auch die GmbH, dass sie als Handelsgesellschaften handelsrechtlicher Formkaufmann sind und demnach den einschlägigen Vorschriften des HGB<sup>176</sup> unterliegen. Insgesamt ist die GmbH in vielen korporativen Bereichen flexibler bei der Durchführung und daher unternehmerisch handlungsschneller.<sup>177</sup>

Mit Blick auf die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern ergibt sich ein weiteres Charakteristikum der GmbH. Mit großer Häufigkeit bestehen persönliche oder sogar familiäre Verhältnisse zwischen den Gesellschaftern.<sup>178</sup> Dies lässt

---

<sup>172</sup> Präzise weist MüKo/GmbHG/*Fleischer*, Einl., Rn. 8 a.E. darauf hin, dass für die Rechtsform Kapital- und Personengesellschaft Gegenstücke sind, wohingegen eine Typologisierung einer GmbH als kapitalistisch bzw. personalistisch mit Blick auf deren Realstruktur zu erfolgen hat.

<sup>173</sup> So gliedert etwa *Schröder*, Der wichtige Grund für den Ausschluß eines Gesellschafters aus der GmbH, seinen Aufbau.

<sup>174</sup> Vgl. etwa Michalski/*Michalski*, GmbHG, Syst. Darst. 1, Rn. 29; MüKo/GmbHG/*Fleischer*, Einl., Rn. 37 m.w.N.

<sup>175</sup> Dies würde in der Regel über die Begebung von Schuldverschreibungen und die Zulassung dieser Anleihen an einem sogenannten geregelten Markt im Sinne des § 2 Abs. 5 WpHG erfolgen, Lutter/*Hommelhoff/Lutter*, GmbHG, Einleitung, Rn. 63; vgl. auch *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, § 20, Rn. 3 dort in Fußn. 2.

<sup>176</sup> Vgl. § 6 Abs. 1 HGB; für die GmbH gelten die Vorschriften des 1., 3. und 4. Buchs des HGB.

<sup>177</sup> Vgl. z.B. die Willensbildung ohne formale Beschlussfassung, § 48 Abs. 2 GmbHG.

<sup>178</sup> MüKo/GmbHG/*Fleischer*, Einl. 202; Michalski/*Michalski*, GmbHG, Syst. Darst. 1, Rn. 29; zuletzt hat *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, S. 16 f., eine aktuelle Erhebung über die Häufigkeit von Verwandtschaftsverhältnissen in GmbH durchgeführt und kam auf knapp ein Drittel der Gesellschafter. Betrachtet man, dass dieser Wert in *Wedemanns* Statistik unter Bezugnahme auf *Bauer*, GmbHR

sich mit einem weiteren typischen Strukturmerkmal erklären: Der engen *Zusammen- beziehungsweise Mitarbeit der Gesellschafter* in der Gesellschaft<sup>179</sup>.

## II. Charakteristika und typische Interessenschwerpunkte der GmbH

Häufig verfolgen Unternehmer bei der Gründung oder Änderung eines Unternehmens eine bestimmte Vorstellung. Diese wirkt sich auf die Rechtsformwahl sowie die Ausgestaltung einer GmbH und deren Strukturmerkmale aus und kann daher Aufschluss über die zugrundeliegenden Interessen und Bedürfnisse der Gesellschafter geben.

### 1. Gesellschafterstruktur

Als Hauptmerkmal der GmbH im Vergleich mit anderen Kapitalgesellschaften ist die personalistische Struktur charakteristisch. Der Gesellschafterkreis in den einzelnen Gesellschaften kann sich dabei hinsichtlich der Zahl der Gesellschafter, deren Verhältnis zueinander beziehungsweise zur Gesellschaft und deren Mitarbeit im Unternehmen unterscheiden.

#### a. Gesellschafterkreis

Der Gesellschafterkreis einer GmbH besteht weit überwiegend aus natürlichen Personen.<sup>180</sup> Die Zahl der Gesellschafter ist im Regelfall klein. Danach setzte sich eine GmbH in der Vergangenheit durchschnittlich aus weniger als fünf Gesellschaftern

---

1920, Sp. 1, 19, 35, um 1919 noch bei 59,2 % lag, drängt sich schlussfolgernd die Erklärung auf: Nachdem der Gesetzgeber die Rechtsform der GmbH geschaffen hatte wurde sie gerade durch familiär geprägte – kleinere – Unternehmen angenommen, die nach einer Haftungsprivilegierung strebten. Die zunehmende Industrialisierung und das Wachstum und Zusammenwachsen der Märkte hatte schließlich zur Folge, dass prosperierende GmbHs ihren Gesellschafterkreis vergrößerten, um Eigenkapital zu erhalten bzw. die Unternehmen (teilweise) veräußert wurden. Die zunehmende Professionalisierung und Spezialisierung kleiner und mittelständischer Unternehmen spiegelt sich wiederum in der Anzahl Dritter in der Geschäftsführung oder leitenden Positionen wider.

<sup>179</sup> Michalski/*Michalski*, GmbHG, Syst. Darst. 1, Rn. 29.

<sup>180</sup> Wonach die Zahl der juristischen Personen selten mehr als 1/5 der GmbH-Gesellschafter ausgemacht hat, häufig sogar deutlich darunter. Die weitere Aufgliederung bei *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, S. 15, hinsichtlich homogen-nicht-natürlicher Personen und gemischtem Gesellschafterbestand ergibt, dass sich nur 6 % aller GmbH ausschließlich aus juristischen Personen zusammensetzen.

zusammen.<sup>181</sup> Dieser Wert steht *nicht* im Einklang mit der einst getroffenen Aussage des historischen Gesetzgebers, der keine „ganz geringe“ Gesellschafteranzahl im Blick hatte, für die eine GmbH maßgeblich in Frage kommen sollte.<sup>182</sup> Einen Anstieg an GmbHs mit nur einem Gesellschafter ab etwa der Mitte der 1980er Jahre kann man wohl mit den hinzukommenden Einpersonen-Gründungen erklären, die durch die GmbH-Novelle von 1980 eingeführt wurden.<sup>183</sup> Wenig zweifelhaft ist auch die Unterstellung, dass die Haftungsprivilegierung gerade auch für kleine und Kleinstunternehmen<sup>184</sup> im Mittelpunkt steht. Kapitalgesellschaften bieten den Gesellschaftern eine Haftungsprivilegierung<sup>185</sup>, sofern den Gläubigern der Gesellschaft eine Mindesthaftungsmasse<sup>186</sup> durch das festgeschriebene Stammkapital eine Sicherheit zur Verfügung gestellt wird. Betrachtet man die Kapitalausstattung der Gesellschaften mit jener beschränkten Haftung, so ist die relativ geringe Stammkapitalisierung auffällig.<sup>187</sup> Es wird also möglichst mit geringem Vermögensaufwand,

---

<sup>181</sup> Die Auswertung des Instituts für Rechtstatsachenforschung zum Deutschen und Europäischen Unternehmensrecht der Friedrich-Schiller-Universität ergab einen Anteil von 59,39 % an Einpersonengesellschaften und weniger als 2 % mit mehr als fünf Gesellschaftern, siehe dazu die Darstellungen und Abbildungen bei *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2014, 12, 13. Diese Erkenntnis entspricht den früheren Entwicklungen, wonach in den Jahren 1905 bis 2000 der Anteil an GmbHs mit mehr als *sechs* Gesellschaftern selten mehr als 10 % ausmacht, vgl. dazu die Statistik bei *MüKo/GmbHG/Fleischer*, Einl., Rn. 202; *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, S. 13, fächert zuletzt ihre tabellarische Erhebung weiter auf, was den weitergehenden Schluss zulässt, dass – mit Ausnahme von der Zeit um 1919 – zwischen 1903 und 2011 mehr als 80 Prozent der GmbHs nur einen bis drei Gesellschafter hatten.

<sup>182</sup> Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, S. 34; siehe schon *Fleischer*, GmbHR 2008, 673, 674; vgl. *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, S. 12; vgl. im Ergebnis auch *Windbichler*, Gesellschaftsrecht § 20, Rn. 8.

<sup>183</sup> Vgl. *MüKo/GmbHG/Fleischer*, Einl., Rn. 108, 202; die UG weist mit 71,7 % Einzelgesellschaftern eine über die Gesamtheit der GmbH erhöhte Quote auf, siehe bei *Bayer/Hoffmann*, GmbHR 2014, 12, 13.

<sup>184</sup> Zur „unerfreulichen“ Problematik dieser kleinsten Unternehmen als haftungsbeschränkte Gesellschaften, ursprünglich vgl. bei *Windbichler*, Gesellschaftsrecht, § 20 Rn. 8 m.w.N.

<sup>185</sup> Etwa §§ 13 Abs. 2 GmbHG, § 1 Abs. 1 S. 1 AktG.

<sup>186</sup> Gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG beträgt das Stammkapital einer GmbH 25.000 €; gemäß § 7 AktG beträgt das Grundkapital der AG 50.000 €.

<sup>187</sup> *MüKo/GmbHG/Fleischer*, Einl., Rn. 204, wonach 2006 lediglich jede zweite GmbH ein Stammkapital von mehr als 50.000 € hatte und ein Drittel aller GmbHs in Deutschland lediglich ein Mindeststammkapital von 25.000 € hatte; Weiterhin kann man mit Blick auf die Praxis von bereits bestehenden GmbHs mutmaßen, dass die Zahl der GmbHs mit der geringstmöglichen Stammkapitalausstattung von 25.000 € noch größer wäre, wenn sie nicht infolge von gesteigertem Finanzierungsbedarf und Kapitalerhöhungen gesteigert wurde oder sogar werden musste.

und folglich risikoarm, eine haftungsbeschränkte Gesellschaft angestrebt. Durch die Einführung der ebenfalls haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft<sup>188</sup> wurde eine Gründung mit dem minimalen Stammkapital von einem Euro ermöglicht.

Abgesehen von dem Gesellschafterbestand lassen sich im Hinblick auf die unterschiedliche Größe einer GmbH weitere Beobachtungen machen: Die Anzahl der Beschäftigten eines Unternehmens unterscheidet sich statistisch gesehen deutlich je nach der Rechtsform des Arbeitgebers.<sup>189</sup> Die Statistiken zeigen eine signifikant höhere Anzahl an Beschäftigten bei Kapitalgesellschaften gegenüber Einzelunternehmern und auch Personengesellschaften, bei denen die Gesellschafter grundsätzlich persönlich haften. Obgleich freilich stets unterschiedliche

---

Beachtet man gleichzeitig, dass immerhin 4 % ein Stammkapital von mehr als 10 Mio. € aufweisen, so wird auch deutlich, dass ein sehr breites Spektrum an GmbHs im Hinblick auf die Kapitalisierung besteht. Diese Zahl wird von *Windbichler*, Gesellschaftsrecht § 20, Rn. 8 hingegen lediglich als Argument benutzt um aufzuzeigen, wie wenig GmbHs eine derartige Unternehmensgröße aufweisen. Anderer Auffassung dahingehend *Scholz/H.P. Westermann*, GmbHG, Einl, Rn. 24, der den GmbH eine nicht zu übersehende Rolle bei Großunternehmen deren Stammkapitalisierung mehr als 50 Mio. € betrage.

Die Frage der „Größe“ eines Unternehmens ist jedoch sehr ungenau. Freilich kann der Begriff im Zusammenhang von einer Vielzahl von Kennzahlen verwendet werden. Allerdings wird man den Begriff „Großunternehmen“ maßgeblich an der Beschäftigtenzahl (mehr als 250) und dem Umsatz (mehr als 50 Mio. € pro Jahr) festmachen, wie es die Mitteilung der EU-Kommission vom 6.5.2003 mit Wirkung zum 1.1.2005 vorgibt, Amtsblatt L 124/38, Anhang, Artikel 2. Offensichtlich sind Rückschlüsse vom Umsatz eines Unternehmens auf die Mitarbeiterstruktur nicht möglich, weshalb Erhebungen zum Umsatz im Folgenden unberücksichtigt bleiben.

<sup>188</sup> § 5a GmbHG.

<sup>189</sup> Gemäß der Erhebung des Statistischen Bundesamtes über die im Jahre 2011 sozialversicherungspflichtig Beschäftigten mit Stand vom 31.5.2013, abrufbar unter (am 24.7.2015): <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesamtwirtschaftUmwelt/UnternehmenHandwerk/Unternehmensregister/Tabellen/UnternehmenRechtsformenWZ2008.html> beschäftigen *Einzelunternehmer* in Deutschland in fast 98 % der Fälle maximal neun sozialversicherungspflichtig Beschäftigte, ca. 2 % mit zehn bis 49 Beschäftigten und lediglich ca. 0,01 % 50 bis 249. Die Zahl über 250 ist so verschwindend gering, dass auf eine Abbildung verzichtet werden soll. Bei *Personengesellschaften* beträgt die kleinste Anzahl an Beschäftigten immerhin noch ca. 86 %, ca. 11 % mit zehn bis 49- und knapp 3 % mit 50-249 Beschäftigten. Auch hier beträgt die Zahl der Unternehmen mit mehr als 250 Beschäftigten weniger als 0,6 %. Bei *Kapitalgesellschaften* beträgt die Zahl der Beschäftigten in ca. 73 % der Fälle weniger als zehn. Dahingegen sind in etwa 20 % dieser Gesellschaften zehn bis 49- und in gut 5 % der Unternehmen sogar 50-249 Sozialversicherungspflichtige beschäftigt. Bei 1,2 % der Unternehmen sind es sogar 250 und mehr. Diese Einteilung entspricht der Empfehlung durch die EU-Kommission vom 6.5.2003, vgl. soeben unter Fußn. 187.

Mehr als 2000 Beschäftigte hingegen hatten 2005 nur insgesamt 341 GmbH, was *Windbichler*, § 20, Rn. 9 a.E. aus einer Aufstellung des DGB Bundesvorstands, Fakten zur Mitbestimmung, April 2007, entnommen hat.

Gründe die Rechtsformwahl im Einzelfall beeinflussen, besteht ein Zusammenhang zu der angestrebten oder derzeitigen Beschäftigtenzahl.

## b. Verhältnis der Gesellschafter untereinander

Das Verhältnis zwischen den Gesellschaftern untereinander ist sehr häufig von besonderer Nähe oder Verbundenheit geprägt. Gesellschafter einer GmbH sind einander überwiegend nicht fremd, häufig sind es sogar (gute) Bekannte.<sup>190</sup> In einer nicht unerheblichen Zahl der Gesellschaften bestehen zwischen den Gesellschaftern verschiedene Verwandtschaftsverhältnisse.<sup>191</sup> Die Rechtsform der GmbH ist in der Praxis als Familiengesellschaft gut geeignet.<sup>192</sup>

Einen weiteren Aspekt stellt das gewachsene Unternehmerverhältnis dar. Danach steht die Zusammenarbeit mit den jeweils anderen Personen im Mittelpunkt und ist mitunter der Grund für die Gründung der GmbH.<sup>193</sup> Langjährige unternehmerische Zusammenarbeit führt wiederum zu vertieften zwischenmenschlichen und professionellen Bindungen. Dieser Aspekt spiegelt sich gleichermaßen in der häufigen Mitarbeit der Gesellschafter sowie der hohen Zahl an selbstorganisationshaftlichen Geschäftsführern „aus den eigenen Reihen“ wider.

## c. Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft

Die Mitarbeit der Gesellschafter in der GmbH ist ein wesentlicher Aspekt bei der Betrachtung des Verhältnisses der Gesellschafter zu ihrer GmbH. Statistisch gesehen sind fast ausschließlich natürliche Personen und kaum Investorgesellschaften an einer GmbH beteiligt. Darüber hinaus arbeiten die Gesellschafter besonders häufig in der Gesellschaft mit. In etwa drei-Vierteln der Gesellschaften sind Geschäftsführer auch Anteilsinhaber der GmbH.<sup>194</sup> Auch unterhalb der Ebene

---

<sup>190</sup> *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, S. 16 m.w.N.

<sup>191</sup> Schon *Meyer*, Die GmbH und andere Handelsgesellschaften im Spiegel empirischer Forschung, *GmbHHR* 2002, 177, 181; zuletzt lag diese Zahl bei etwa gut einem Drittel, wie sich aus *Wedemanns* Erhebung 2011, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, S. 16 f., ergibt. Interessant obgleich wenig überraschen ist, dass diese Zahl in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts rückläufig war. Innerhalb der familiär geprägten GmbH seien sog. Ehegattengesellschaften das tragende Element, *Roth/Altmeppen/Roth*, *GmbHG*, Einl, Rn. 13

<sup>192</sup> Vgl. *Sudhoff/Hübner*, Unternehmensnachfolge § 71, Rn. 20; *Lorz/Kirchdorfer*, Kap. 8, Rn. 58f.

<sup>193</sup> Dazu auch sogleich „Teil 2 B.II.1.c.“.

<sup>194</sup> Siehe die Erhebung bei *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, S. 16 z.T. m.w.N. Dieser Wert war über die letzten fast 100 Jahre relativ konstant und ist dabei zu keinem Zeitpunkt unter einen Anteil von zwei-Dritteln gefallen.

der Geschäftsführung sind die Gesellschafter häufig in anderer Form für die GmbH tätig.<sup>195</sup>

#### *aa. Die Bedeutung der Mitarbeit in der Gesellschaft*

Die Mitarbeit eines Gesellschafters spielt zum Verständnis der konkreten Verhältnisse in einer GmbH eine entscheidende Rolle.<sup>196</sup> Das Ausmaß der Mitarbeit der Gesellschafter und der Nicht-Gesellschafter hat überdies rechtliche Auswirkungen und findet auch in der Rechtsprechung Berücksichtigung: Wird die Mitarbeit eines Gesellschafters in einer personalistischen GmbH unmöglich, so kann dies nach dem BGH einen statutarischen Ausschlussgrund darstellen.<sup>197</sup> Dies gelte jedenfalls dann, wenn die Gesellschaft auf die Zusammenarbeit ausgerichtet war. Folglich kann die Mitarbeit den einenden Faktor zwischen den Gesellschaftern und letztlich auch eine Zugehörigkeitsvoraussetzung darstellen.

Weitergehend kann die Frage aufgeworfen werden, ob die GmbH regelmäßig im Dienste der Zusammen- und Mitarbeit steht oder, ob die Mitarbeit erst zum Zweck der GmbH erfolgt? Schließen sich Unternehmer zusammen und gründen eine Gesellschaft, um einen gemeinsamen Zweck zu erreichen, so stellt die GmbH die Schöpfung der beteiligten Personen dar. Die angehenden Unternehmer gießen ihren Plan eines Unternehmens in die Form einer GmbH, um dadurch ihr Unternehmen betreiben zu können. Die aufgezeigten Strukturmerkmale, insbesondere auch die Haftungsbeschränkung werden angestrebt, um unternehmerisch zusammen arbeiten zu können. Die GmbH steht also im Zweck der unternehmerischen Mit- und Zusammenarbeit, deren Umfang vertraglich festgelegt wird. Ähnlich liegt es in Fällen eines Rechtsformwechsels, wenn eine fortgeschrittene Unternehmung nach den Vorstellungen der Unternehmer nunmehr in der Rechtsform der GmbH betrieben werden soll. Stets schafft die Mitarbeit den Identifikationswert für die GmbH.

Tritt ein Gesellschafter in eine existierende GmbH ein, ist zu differenzieren. Einerseits kann die angestrebte Gesellschafterstellung im Vordergrund stehen. Der

---

<sup>195</sup> MüKo/GmbHG/*Liebscher*, § 45, Rn. 18; Michalski/*Michalski*, GmbHG, Systematische Darstellung. 1, Rn. 29; darauf nimmt auch *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, S. 16, Bezug.

<sup>196</sup> Vgl. schon die Ausführungen zur personalistischen GmbH unter „Teil 2 B.I.2.“.

<sup>197</sup> BGH, NJW 1983, 2880, 2880 f.; vgl. auch *Gehrlein*, Ausschluss und Abfindung von GmbH-Gesellschaftern, Rn. 30; siehe zur Satzungsgestaltung nachstehend „Teil 2 B.II.1.c.dd, 3.a.bb.“.

Umfang der im Einzelfall erforderlichen Mitarbeit dieses später eintretenden Gesellschafters wird sich dann ebenfalls nach den Vorstellungen der Altgesellschafter und den vertraglichen Regelungen richten. Andererseits kann die Gesellschafterstellung in der GmbH wiederum die Voraussetzung zur primär gewünschten Mitarbeit in der Unternehmung sein.

Etwas anderes gilt indes, sofern ein Gesellschafter der GmbH ohne sein Zutun „qua Existenz“ angehört oder aufgenommen werden soll. Insbesondere für die Fälle von Familienunternehmen oder den Familiengesellschaften wird häufig das Interesse an der Fortführung des Unternehmens aus bestehenden Verpflichtungen oder aus der Verantwortung im Familienverband resultieren.<sup>198</sup> Anders als der eigens eintretende Unternehmer besteht der Identifikationswert für den Familiengesellschafter bereits vor der Mitarbeit.

*bb. Die „Tätigkeitsgemeinschaft“ im historischen Kontext*

Vielerorts wird pauschal festgestellt,<sup>199</sup> dass für die GmbH-Gesellschafter die Tätigkeit in oder für die GmbH im Vordergrund steht und auch historisch im Vordergrund stand. Diese Erkenntnis habe sich schon in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts aufgedrängt,<sup>200</sup> als der (überwiegend sehr kleine) Gesellschafterkreis den Gesellschaften mit beschränkter Haftung einen personalistischen Anstrich gab. Dies wird als Gegensatz zum Leitbild des historischen Gesetzgebers aufgefasst. Bei genauerer Betrachtung erscheint diese Aussage keineswegs zwingend. So ist vorherrschend zu lesen, dass der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren zur Schaffung der Rechtsform der GmbH 1892 zunächst noch von einer Vermögens- und keiner Tätigkeitsgemeinschaft<sup>201</sup> ausging. Allerdings überzeugen die dafür angeführten

---

<sup>198</sup> In den Fällen von Familien-Gesellschaften liegt die Relevanz der Familienzugehörigkeit auf der Hand; im Übrigen bildet das „Vertrauen zwischen der ‚Stammbesatzung‘ [...] (regelmäßig einen) wesentlichen kapitalbildenden Faktor“, *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, S. 101.

<sup>199</sup> Ausgangspunkt *Limbach* in: Gessler, GmbH-Reform, S. 11, 18; MüKo/GmbHG/*Fleischer*, Einl., Rn. 37 m.w.N.

<sup>200</sup> Vorherrschende Ansicht etwa *Hommelhoff* in: Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, S. 36, 52; *Dreher*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Ihr wirkliches Wesen und ihre wirtschaftliche Gestalt, S. 23; *Fleischer*, GmbHR 2008, 673, 674.

<sup>201</sup> *Hommelhoff* in: Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, S. 36, 52.

Begründungen nicht. Etwa, dass der Gesetzgeber eine „bloße Vermögensgemeinschaft“<sup>202</sup> konzipieren wollte. Dass der Gesetzgeber gerade keine bloße Haftungsbeschränkung für die OHG einführen wollte, ist hinreichend bekannt.<sup>203</sup> Spiegelbildlich hat sich allerdings auch der vereinzelt vertretene Vorschlag einer „vereinfachten AG“<sup>204</sup> nicht durchgesetzt. Diesen Positionen, die – mit umgekehrten Vorzeichen – versuchten einen bestehenden Gesellschaftstyp abzuwandeln, folgte der Gesetzgeber letztendlich nicht. Im Ergebnis sollte die GmbH eine „Mittelstellung“ einnehmen. Die Person des einzelnen Gesellschafters sollte dabei zwar weniger im Mittelpunkt stehen als bei der OHG, ohne allerdings wie bei einer AG gänzlich in den Hintergrund zu treten.<sup>205</sup> Alles in allem erscheint es jedoch nicht zwingend zu unterstellen, dass der Gesetzgeber ausschließlich Vermögensgemeinschaften als (reine) Verbindungen von Kapitalgebern schaffen wollte. Richtig ist zwar, dass der Gesetzgeber nicht bloß eine Begrenzung der Haftung für die Handlungen der Gesellschafter erreichen wollte, wie es bei einer „OHG m.b.H.“ der Fall wäre. Ausweislich der Begründung des Gesetzesentwurfs sollte diese auch für die Fälle mangelnder Einflussnahme auf Mitgesellschafter und die Leitung der Gesellschaft

---

<sup>202</sup> Hommelhoff in: Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, S. 36, 52; so dann auch Fleischer, GmbHR 2008, 673, 674 und zuletzt zitiert durch Wedemann, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, S. 18.

<sup>203</sup> So wie es der vielzitierte Entwurf von *Oechelhäuser* vorsah, der in der Kombination der „Vorzüge der individualistischen OHG. mit den Vorzügen der AG“ eine Rechtsform sah, die gegenüber anderen Nationen einen Vorsprung schaffen würde, RT V. LegPer. 4. Sess StenBer. 220 f. abgedruckt bei Ehrenberg/*Feine*, HdbgesHR, S. 1, 6, der damit schon die Wettbewerbsfähigkeit der Rechtsformen für einen Wettbewerb der Rechtsordnungen propagierte.

<sup>204</sup> So in dem Referat vor dem Ausschuß des Handelstags von *Friedrich Hammacher*, abgedruckt bei *Riesser*, Zur Revision des HGB Bd. II, S. 314.

<sup>205</sup> „Denn wenn auch ein Hervortreten der Person der Theilnehmer in dem Maße, wie es bei der OHG eigentümlich ist, mit dem Wesen einer Kapitalgesellschaft [...] nicht in Einklang steht, so bedingt andererseits die letztere auch nicht notwendig eine so weitgehende Gleichgültigkeit gegenüber der Person [...] wie bei der AG“, Amtliche Begründung zum GmbHG, S. 35. Was unter diesem „Hervortreten“ eigentlich gemeint ist, wird auf S.27 deutlich: „[...] Erwerbsgesellschaften, in deren Zwecken es begründet ist, dass die Theilnehmer als die persönlichen Träger des Unternehmens nach außen hervortreten, um die Vertrauenswürdigkeit desselben mit ihrem Namen und ihrer Person zu decken“. Es ging um den Abschluss von Geschäften gezielt mit Personen, die etwa eine hohe Kreditabilität besaßen. Das Hervortreten meint daher nicht die Aktivität im Unternehmen oder sogar eine nach außen erkennbare Organstellung, sondern eine Konstellation, in der die Person dem Unternehmen erst erforderliche Glaubwürdigkeit im Geschäftsverkehr gibt. Die Person also im Vordergrund steht und die zugrundeliegende Gesellschaft im Hintergrund. Dieser Befund wird auch dadurch gestützt, dass der Begriff „Hervortreten“ auf S. 31 („stärkeren Hervortretens des personalistischen Elements“), auch eine Gewichtung vornimmt, welche Merkmale im Vordergrund stehen.



durch Dritte gelten.<sup>206</sup> Dies zeigt jedoch nur die Möglichkeit der Öffnung des Unternehmens nach außen, nicht deren einzigen Anwendungsbereich. Dabei soll keineswegs in Abrede gestellt werden, dass der Gesetzgeber offenkundig ein korporatives Ideal verfolgte. Es soll vielmehr deutlich gemacht werden, dass dies eine Tätigkeit von Gesellschaftern keinesfalls ausschließen sollte. Ein solches weniger restriktives Verständnis steht in keinem Widerspruch zum Wesen einer Kapitalgesellschaft.<sup>207</sup> Einzig die Möglichkeit der Fremdorganschaft ermöglicht Dritten überhaupt die Übernahme der Geschäftsführung. Drittorganschaft ist allerdings keineswegs zwingend vorgeschrieben. Auch sonst ergibt sich kein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber einer Öffnung nach außen einen zwingenden Charakter beimaß, der über eine *Möglichkeit* der Öffnung hinausgehen sollte.

Erlaubt man zudem eine zweite Akzentverschiebung, so lässt sich durch eine erweiternde Auslegung des Begriffs „Tätigkeit“ auch die (häufige) Mitarbeit der Gesellschafter in ihrer eigenen GmbH unterhalb der Ebene der Geschäftsführung erfassen. Dies ist sachgerecht mit Blick auf die Praxis. Ferner findet eine Einengung auf die Ebene der Geschäftsführung keinen Anknüpfungspunkt. Daher ist auch *Hommelhoffs*<sup>208</sup> Begründung kein Argument für eine reine Vermögensgesellschaft, ganz im Gegenteil: So führt er an, dass es „nicht auf die Person des Gesellschafters ankommen sollte, sondern nur auf seinen vermögenswerten Beitrag zum Gesellschaftszweck und seiner Verfolgung“.<sup>209</sup>

---

<sup>206</sup> „Wo die Gesellschafter nicht in der Lage sind, die Führung der Geschäfte selbst in die Hand zu nehmen, oder wo doch dem Einzelnen der Einfluss auf die Handhabungen der Mitgesellschafter und die Kontrolle über deren Tätigkeit nicht in vollem Umfange möglich ist, erscheint die unbeschränkte Haftpflicht jedenfalls nicht als notwendige Konsequenz der Selbstverantwortlichkeit“, Reg. E I S. 27. Dabei ist „Selbstverantwortlichkeit“ richtigerweise wohl dahingehend zu verstehen, dass die Geschäftsführung („die Führung der Geschäfte“) nicht durch Dritte ausgeübt wird. Es knüpft demnach an der Organstellung in der Gesellschaft und nicht an der reinen Mitarbeit im Unternehmen an. Im sprachlichen Gegensatz dazu ist etwa auf S. 32 explizit die Rede davon „die Geschäfte selbsttätig zu betreiben“.

<sup>207</sup> Es besteht kein Widerspruch einer eigenen Arbeitsleistung zu den aufgezählten Charakteristika einer Kapitalgesellschaft etwa „Fremdorganschaft, Mehrheitsprinzip, freie Übertragbarkeit der Anteile, Ausscheiden eines Gesellschafters nur durch Übertragung seines Anteils“ *Fleischer*, Zur ergänzenden Anwendung von Aktienrecht auf die GmbH, GmbHR 08, 673, 674.

<sup>208</sup> *Hommelhoff* in: Wiedemann/Lutter, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, S. 36, 52; ebenso wenig zwingend ist die Aussage, die GmbH sollte als „Gemeinschaft von Investoren und Eigenkapitalgebern fungieren, die ihr in der Gesellschaft zusammengebrachtes und dort anwachsendes Vermögen durch andere verwalten lassen“.

<sup>209</sup> Möglicherweise fußt diese Aussage auf der Gesetzesbegründung, Amtliche Begründung zum GmbHG, S. 34, in der es heißt „in der Mehrzahl der Fälle wird dagegen die Wahl der

Jener Gesellschaftszweck ist in der GmbH-Praxis gerade häufig die Betreibung oder Förderung einer anvisierten Unternehmung.<sup>210</sup> Die Leistung der „vermögenswerten“ Einlage durch die Gesellschafter ist erforderlich zur Errichtung der GmbH (vgl. § 7 Abs. 2, 3 GmbHG), jedoch entbindet sie regelmäßig nicht von der Mitarbeit an der GmbH beziehungsweise der zugrundeliegenden Unternehmung. Das Investment zielt vielmehr darauf ab, sich für die avisierte Betätigung die Haftungsprivilegierung zu erkaufen und damit das Risiko der Tätigkeit zu verringern.

#### *cc. Arbeitsplatz und Lebensmittelpunkt*

Für einen Menschen, der in einer Gesellschaft dergestalt mitarbeitet, dass er dort seinen Hauptberuf ausübt, ist diese zugleich Arbeitsplatz und nicht lediglich eine Investition. Statistisch nimmt der Arbeitsplatz grundsätzlich einen großen Platz im Leben einer Person ein und hat einen hohen Stellenwert für den Einzelnen.<sup>211</sup> In jedem Fall nimmt dieser zeitlich viel Raum ein, beschäftigt den Menschen psychisch und führt regelmäßig zu einer gewissen Identifikation mit dem Arbeitgeber. Dies gilt schließlich ungeachtet der Frage, ob jemand eine Beteiligung an der gegebenenfalls zugrundeliegenden Gesellschaft hält und demnach auch für bloße Mitarbeiter eines Unternehmens. Diese Kontrollüberlegung zeigt, dass sich der persönliche Stellenwert nicht erst aus der Unternehmerstellung als Gesellschafter ergibt.<sup>212</sup> Zuletzt liegt die gesteigerte Bedeutung für diejenigen Gesellschafter auf der Hand, die in ihrer eigenen GmbH ihrer hauptberuflichen Tätigkeit nachgehen.

#### *dd. Verzahnung von Tätigkeit und korporativer Organisation*

Darüber hinaus kommt es in der Praxis zu Verzahnungen zwischen der reinen Tätigkeit und der korporativen Organisation. Dabei können einerseits Mitarbeit und Gesellschafterstellung einander bedingen. Andererseits bestehen praktisch

---

beschränkten Haftung nur der Ausdruck für den Willen der Teilnehmer sein, ihre Beteiligung für die Zwecke der Gesellschaft auf die Leistung der übernommenen Einlage und eine mehr oder weniger nachdrückliche Beaufsichtigung der Geschäfte zu beschränken.“

<sup>210</sup> Zur Abgrenzung und Zusammenhängen des Gegenstands des Unternehmens und dem Gesellschaftszweck näher „Teil 2 B.3.b.aa.“.

<sup>211</sup> Gemäß einer Umfrage im Auftrag der „Apotheken Umschau“ stellt die Arbeit an ihrem Arbeitsplatz für ca. einen Drittel der Befragten den wichtigsten Lebensinhalt dar, siehe Handelsblatt, Artikel „Jeder Dritte sieht Beruf als Lebensinhalt“ vom 30.4.2015.

<sup>212</sup> So bedeute diese eine „Freude am Unternehmertum“ an sich, siehe dazu monografisch bei *Stadler*, Freude am Unternehmertum.

häufig Abhängigkeiten zwischen der Organstellung des Geschäftsführers der GmbH und dessen Anstellungsvertrag.

### *(1) Mitarbeiterbeteiligungen*

Mitarbeiter, die zunächst keine Gesellschafter einer GmbH sind, können im Rahmen der sogenannten Mitarbeiterbeteiligungen Geschäftsanteile erhalten. Eine solche Beteiligung von Mitarbeitern am Erfolg der Gesellschaft dient primär der Schaffung von Anreizen, die Mitarbeit im Unternehmen erfolgreich zu gestalten. Dabei kann diese Inzentivierung sowohl auf der Ebene der Geschäftsführung oder auch für sonstige Mitarbeiter vorgesehen sein.

Dafür können die Personen am Eigenkapital der Gesellschaft beteiligt werden, indem Geschäftsanteile übertragen werden.<sup>213</sup> Der Mitarbeiter wird selbst zum Unternehmensträger. Die Gestaltungspraxis hat eine Zahl von unterschiedlichen Ausgestaltungen hervorgebracht: Ist etwa die Beteiligung des Tätigen (in der Regel des Geschäftsführers) lediglich für einen begrenzten Zeitraum vorgesehen, ziehen die übrigen Gesellschafter den übertragenen Geschäftsanteil nach dem Ende der Tätigkeit wieder an sich (sogenanntes Managermodell).<sup>214</sup> Dabei kann schon in der Satzung eine Rückübertragungsklausel für den betroffenen Geschäftsanteil aufgenommen werden.<sup>215</sup> Auch für übrige Mitarbeiter ist eine zeitlich beschränkte Beteiligung grundsätzlich zulässig (sogenannte Mitarbeitermodelle).<sup>216</sup> In der Praxis sind im Gegensatz dazu weitergehende, „unbefristete“ Verzahnungen bei der GmbH nicht sehr weit verbreitet.<sup>217</sup> Anders als etwa im Bereich der AG, bei der durch die „Belegschaftsaktie“ eine Vergütung in Form

---

<sup>213</sup> Eine grundlegende Darstellung der unterschiedlichen Beteiligungsformen bei *Schneider/Fritz*, Erfolgs- und Kapitalbeteiligung, S. 109 ff.; Monografisch und unter Berücksichtigung der Besonderheiten für die GmbH bei *Erttmann*, Die Beteiligung von Mitarbeitern am Stammkapital einer GmbH, S. 1 ff., 73 ff.

<sup>214</sup> Vgl. *Schöfer*, Ausschluss- und Abfindungsregelungen gegenüber Gesellschaftern minderen Rechts am Beispiel des Managermodells, S. 17 ff.

<sup>215</sup> Diese stellen keine per se unzulässige Kündigungsbeschränkung (§§ 134, 622 Abs. 6 BGB) oder einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dar, BGH, BB 2005, 2427, 2429.

<sup>216</sup> BGH, BB 2005, 2427, 2427 f.

<sup>217</sup> Nach der Erhebung des IAB Betriebspanel lag die Zahl der Unternehmen, die ihre Mitarbeiter am Erfolg beteiligten bei etwa 10 %, wovon nur ein kleiner Teil auf Kapitalbeteiligungen entfällt (etwa 1 % absolut), abgebildet im IAB-Kurzbericht 17/2011, abrufbar am 24.7.2015 unter <http://www.agpev.de/downloads/kb1711.pdf>; vgl. im Übrigen *Erttmann*, Die Beteiligung von Mitarbeitern am Stammkapital einer GmbH, S. 22, mit der Überlegung, dass die (Gründer-)Gesellschafter zwar bereit seien Mitarbeitern mitunter eine Stellung als *Mitunternehmer* einzuräumen, aber seltener auch *Mitgesellschafter* wünschen.

von Geschäftsanteilen verbreitet ist, ist die *endgültige* Beteiligung von Mitarbeitern an der GmbH weniger beliebt.<sup>218</sup>

## (2) *Koppelungsklauseln*

Weiterhin kann sich ein Zusammenhang zwischen der Tätigkeit oder Mitarbeit und der gesellschaftsrechtlichen Stellung auch aufgrund einer vertraglichen Koppelung ergeben.

### (a) *Geschäftsführerdienstvertrag und Organstellung*

Grundsätzlich gilt hinsichtlich der korporativen Organstellung des Geschäftsführers und dem schuldrechtlichen Anstellungsverhältnis das sogenannte Trennungsprinzip (vgl. § 38 Abs. 1 GmbHG). Es ist allerdings allgemein anerkannt, dass diese Trennung vertraglich durchbrochen werden kann.<sup>219</sup> Danach kann ein Gleichlauf zwischen dem Schicksal des Geschäftsführers als Organ der Gesellschaft und dem schuldrechtlichen Dienstvertrag hergestellt werden.<sup>220</sup> Maßgeblich ist dabei, dass die Gesellschafter die Möglichkeit haben, den Geschäftsführer abberufen zu können, § 38 Abs. 1 GmbHG. Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Klauseln kann einerseits an die Abberufung des Geschäftsführers durch die Gesellschafterversammlung auch die (fristgerechte) Kündigung der Anstellung gekoppelt werden.<sup>221</sup> Andererseits kann im Anstellungsvertrag selbst die auflösende Bedingung der Abberufung des Geschäftsführers enthalten sein. In diesen letztgenannten Fällen darf die Klausel nicht gegen vereinbarte oder gesetzliche Kündigungsfristen verstoßen.<sup>222</sup>

---

<sup>218</sup> Innerhalb der Kapitalbeteiligungen stellen Belegschaftsaktien die weit überwiegende Form dar mit etwa 2/3 gegenüber etwa 1/6 GmbH-Beteiligungen, siehe Statistik des GIZ abrufbar a, 24.7.2015 unter: <http://www.agpev.de/images/statistik2009.jpg>; dies dürfte vornehmlich auf die GmbH-spezifischen personalistischen Strukturen zurückzuführen sein. Eine Vertiefung soll ausbleiben.

<sup>219</sup> BGH, NJW 1989, 2683, 2683 ff.; BGHZ 142, 92, 92 f.; zuletzt OLG Saarbrücken, ZIP 2013, 1821, 1821 ff.

<sup>220</sup> Vgl. dazu bei *Gissel*, Arbeitnehmerschutz für den GmbH-Geschäftsführer, S. 2.

<sup>221</sup> Vgl. MüKo/GmbHG/*Jaeger*, § 35, Rn. 393.

<sup>222</sup> Vgl. BGH, NJW 1989, 2683, 2683 ff.; MüKo/GmbHG/*Jaeger*, § 35, Rn. 249 und 394.

*(b) Weitergehende Überlegung: Gesellschafterstellung und Anstellung (Mitarbeit)*

Darüber hinaus könnte erwogen werden, den Anstellungsvertrag (auch) mit der Gesellschafterstellung in der GmbH zu koppeln. Hierbei handelt es sich gewissermaßen um die spiegelbildliche Konstellation einer Mitarbeiterbeteiligung: Es soll nur derjenige tätig werden, der zugleich eine Gesellschafterstellung innehat. Das dahinterliegende Interesse ist offensichtlich, da die übrigen Gesellschafter in personalistisch ausgestalteten Gesellschaften ein Interesse an der Integrität der Mitarbeiter haben werden. Scheidet ein Gesellschafter aus der GmbH aus, wäre ansonsten eigens die Kündigung des Arbeitsverhältnisses voranzutreiben. Durch die sich nach allgemeinen Grundsätzen anschließenden Kündigungsfristen gemäß § 622 BGB, entstünde eine Diskrepanz zwischen dem Ausscheiden als Gesellschafter und dem Ende der Anstellung.

Gewichtiger Unterschied zu den Fällen der Koppelung von Geschäftsführerstellung und -anstellung ist allerdings die Schwierigkeit des Ausschlusses eines GmbH-Gesellschafters gegenüber der freien Widerruflichkeit der Geschäftsführerstellung. Dieser Aspekt betrifft allerdings lediglich die gesellschaftsrechtlich eingeschränkten Möglichkeiten der übrigen Gesellschafter den Ausschluss selbst zu betreiben. Dennoch bleibt die Frage für Konstellationen relevant, in denen es zum Ausschluss eines Gesellschafters kommt.<sup>223</sup>

Für Mitarbeiter unterhalb der Ebene der Geschäftsführung könnte die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Koppelung mit dem Hinweis darauf bezweifelt werden, dass nur die wichtige Stellung des Geschäftsführers, nicht aber eines jeden Mitarbeiters die Verzahnung rechtfertigt. Freilich gilt es zunächst auch hier die Kündigungsregelungen, insbesondere auch des Anstellungsvertrags, zu wahren. Bei genauerer Betrachtung lässt sich die Problematik allerdings mit dem Verweis auf die besondere Schwierigkeit eines Gesellschafter-Ausschlusses entschärfen. So dürfte der für den Ausschluss erforderliche wichtige Grund, trotz aller Unterschiede zum Arbeitsrecht, regelmäßig auch einen Kündigungsgrund für das Arbeitsverhältnis darstellen.<sup>224</sup> Den gewünschten Gleichlauf schafft in diesen Fällen dann die Aufnahme des Kündigungsgrundes im Anstellungsvertrag.

---

<sup>223</sup> Etwa wegen der vollstreckungsbedingten Einziehung des Anteils, „Teil 2 B. II.3.a.bb.“

<sup>224</sup> Im umgekehrten Fall hat der BGH, NJW 1973, 92, entschieden, dass die unmöglich gewordene Mitarbeit eines Gesellschafters in einer personalistischen GmbH einen Ausschlussgrund darstellt. Danach stellt die Mitarbeit gerade den einenden Faktor zwischen den Gesellschaftern und somit Zugehörigkeitsvoraussetzung dar. Vgl. auch „Teil 2 B.II.1.c.aa“.

Eine noch einfachere Gestaltung ist für Gesellschafter-Geschäftsführer denkbar. Dort kann der Gleichlauf von Organstellung und Gesellschafterstellung letztendlich schon durch die Abberufung des Geschäftsführers (vgl. § 38 Abs. 1 GmbHG) erreicht werden. Scheidet der (ehemalige) Gesellschafter-Geschäftsführer aus der GmbH aus, kann er durch einen Gesellschafterbeschluss abberufen werden. Für das Schicksal des schuldrechtlichen Geschäftsführerdienstvertrags gilt dann das soeben Gesagte.

## 2. Unternehmensführung

Auch im Bereich der Unternehmensführung der GmbH bestehen bestimmte Interessen, die sich regelmäßig auch auf die Gestaltung in der Praxis auswirken. Im Folgenden soll die personelle Ebene (Geschäftsführung) von den inhaltlichen Fragen der Unternehmensführung unterschieden werden.

### a. Selbst- und Fremdorganschaft

Die Ebene der Geschäftsführung setzt sich häufig aus Gesellschaftern zusammen.<sup>225</sup> Eine GmbH wird danach also überwiegend durch ihre Gesellschafter geführt, was dem Prinzip der Selbstorganschaft entspricht. Eine Geschäftsführung, die sich ausschließlich oder teilweise aus Nicht-Gesellschaftern zusammensetzt, ist weniger weit verbreitet. Sofern die Geschäftsführung durch Dritte betrieben wird (Fremdorganschaft), wird diese besonders häufig „homogen“ ausgeübt, d.h. die Fälle in denen sowohl gesellschaftsfremde, als auch Anteilseigner der Geschäftsführung angehören sind sehr gering.<sup>226</sup>

#### *aa. Selbstorganschaft als Regelfall*

Die häufige Mitarbeit von Gesellschaftern setzt sich auf der Ebene der Geschäftsführung fort. Ausgehend von diesem Regelfall können Gründe für die Fremdorganschaft im einzelnen Gesellschafter oder aber auch betriebswirtschaftlich im Interesse des Unternehmens liegen. Dies liegt auf der Hand für Fälle in denen der Einzelne seine Beteiligung primär als Vermögensanlage hält<sup>227</sup>, oder eine eigene Leitungsposition im Unternehmen nicht (mehr) gewollt ist. Ausgehend von der häufigen Rechtsformwahl der GmbH für neugegründete oder junge Unternehmen

---

<sup>225</sup> Siehe vorstehend mit Nachweis in „Teil 2 B.II.1.c.“

<sup>226</sup> Sie beträgt zuletzt unter 5 % und auch historisch immer unter 10 % laut der Erhebung bei *Wedemann*, *Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften*, S. 16 m.w.N.

<sup>227</sup> Als exemplarischer Fall für eine Beteiligung an einer GmbH mit dem ausschließlichen Zweck der Vermögensanlage, BGH, NJW 1996, 2156, 2158.

sind dieses häufig (noch) so einfach strukturiert, dass die eigentlichen Unternehmer den Gesellschafterkreis ausmachen und daher auch den Geschäftsführer stellen. Auch hier steht die Mitarbeit des Einzelnen im Vordergrund. In diesen Fällen ist es entweder noch nicht zu einer Professionalisierung gekommen, die eine Leitung durch Externe erforderlich macht oder eine solche Größe beziehungsweise Art der Betreibung wird gar nicht angestrebt. Spiegelbildlich wird sich eine fremdorganschaftliche Geschäftsführung vermehrt dort finden, wo die persönliche Mitarbeit zu Gunsten einer gesteigerten Komplexität und erforderlicher Professionalisierung zurücktritt. Eine andere Konstellation sind Fälle der schwierigen Unternehmensnachfolge, wo die Fremdorganschaft eine Fortführung der Gesellschaft überhaupt erst ermöglichen und Kontinuität gewährleistet<sup>228</sup>.

#### *bb. Homogenität der Geschäftsführung*

Wie gezeigt wird die Geschäftsführung regelmäßig „homogen“ ausgeübt, d.h. die Fälle in denen sowohl gesellschaftsfremde, als auch Anteilseigner der Geschäftsführung angehören sind sehr gering.<sup>229</sup> Dies lässt auf eine einheitliche Interessenlage für oder gegen eine Selbstorganschaft schließen.

Eine Erklärung könnte in der Verknüpfung von Selbstorganschaft und „begründetem Vertrauen“<sup>230</sup> zu sehen sein. Sofern ein solches Verhältnis gegeben ist, schafft dieses Autorität und Vertrauen in die Leitung des Unternehmens aus den eigenen Reihen. Aus der Stellung als Gesellschafter folgt subjektiv eine gesteigerte Identifikation und intrinsische Motivation sowie in organisatorischer Hinsicht eine regelmäßig stärkere Bindung. Es käme zu Spannungen zwischen einem rein professionellen, mitunter an kurzzeitiger Rendite oder Erfolgen interessierten Management gegenüber den werte-, verantwortungs- und traditionsbewussten Gesellschafter-Geschäftsführern. Fehlt ein solches Verhältnis demgegenüber, wird die Geschäftsführung fast ausschließlich anderweitig – und zwar nach allgemeinen Einstellungskriterien – besetzt. Zugleich kann das dargestellte persönliche Vertrauen zwischen den Gesellschaftern aufgrund von wichtiger werdenden rationalen, professionellen Erwägungen schlichtweg verdrängt werden. Dies wird bei zunehmender Komplexität und Größe des Unternehmens bedeutsam, bei denen die Person des Gesellschafters an Bedeutung verliert.

---

<sup>228</sup> Vgl. für den Bereich der Familiengesellschaften Sudhoff/*Froning*, Unternehmensnachfolge, § 38, Rn. 47.

<sup>229</sup> Siehe vorstehend mit Nachweisen „Teil 2 B.II.2.a.“.

<sup>230</sup> *Limbach* in: Gessler, GmbH-Reform, S. 11, 19.

## b. Entscheidungsfindung: Kompetenzen und unternehmerische Ausrichtung

Einen weiteren Aspekt bildet der Bereich der Entscheidungsfindung und Unternehmensführung. In personeller Hinsicht erfasst dies sowohl die Kompetenzen und Möglichkeiten der Einflussnahme einer Person. Mit Blick auf die sachliche Entscheidungsfindung und Ausrichtung der Gesellschaft, lassen sich darunter die „Unternehmenspolitik“, sowie konkrete Maßnahmen im unternehmerischen Ermessen der Unternehmensführung.

### aa. Kompetenzverteilung und Beschlussfassung

Charakteristisch für die Rechtsform der GmbH ist die starke Stellung der Gesellschafterversammlung, welche gegenüber dem Geschäftsführer weisungsbefugt sind (§ 37 Abs. 1 GmbHG). Dadurch kann die Mehrheit<sup>231</sup> der Gesellschafter ihren Willen in die Tat umsetzen. Das GmbH-Recht erlaubt eine weitreichende Satzungsautonomie für die Ausgestaltung des Kompetenzgefüges zwischen den Gesellschaftern und dem Geschäftsführer, § 45 Abs. 1 GmbHG und der allgemeinen Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers im Innenverhältnis, § 37 GmbHG. Im Außenverhältnis ist die Vertretungsmacht des Geschäftsführers hingegen umfassend und unbeschränkt (vgl. § 37 Abs. 2 GmbHG). Diese Diskrepanz zwischen rechtlichem Können und gesellschaftsinternem Dürfen wird in der Praxis häufig dadurch abgedeckt, dass die Gesellschafter für die eigentliche Entscheidungsfindung zuständig sind und der Geschäftsführer diese nur nach außen trägt.<sup>232</sup> Eine einschränkende Auswirkung auf die Entscheidungen der Gesellschafter kann indes der Gesellschaftszweck und eine festgelegte Unternehmensstrategie haben.<sup>233</sup> Beschlüsse können ihrerseits auch ohne die Abhaltung einer formalen Beschlussfassung, insbesondere ohne die Gesellschafterversammlung, durchgeführt werden, vgl. § 48 Abs. 2 GmbHG.<sup>234</sup> Für die einzuhaltenden Abläufe können Bestimmungen in der Satzung vorgesehen werden. Ebenfalls können die Gesellschafter

---

<sup>231</sup> Die Mehrheit ist nach § 47 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich die (einfache) Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Gesetz oder Satzung können hiervon Abweichungen vorsehen, siehe etwa Oppenländer/Trölitzsch/Jaeger, GmbH-Geschäftsführung, § 19, Rn. 1.

<sup>232</sup> Michalski/Lenz, GmbHG, § 37, Rn. 11 m.w.N.

<sup>233</sup> Michalski/Lenz, GmbHG, § 37, Rn. 10.

<sup>234</sup> Siehe zu den Einzelheiten etwa bei Scholz/Seibt, GmbHG, § 48, Rn. 57 ff.



Regelungen hinsichtlich bestimmter Mehrheitserfordernisse aufnehmen.<sup>235</sup> Weiterhin ist auch die Festlegung eines Quorums zur Beschlussfähigkeit zulässig und verbreitet.<sup>236</sup> Verfehlt eine Gesellschafterversammlung diese Schwelle, muss sie grundsätzlich erneut einberufen werden.<sup>237</sup>

### (1) Rechte der Gesellschafter

Das Verhältnis der Gesellschafter untereinander kann weitgehend individuell ausgestaltet werden. Gemäß § 45 Abs. 2 GmbHG gehen gesellschaftsvertragliche Regelungen den gesetzlichen grundsätzlich vor. Dabei erlaubt die Satzungs-freiheit insbesondere eine vom *Gleichlauf der Kapitalbeteiligung und Herrschaft*<sup>238</sup> abweichende Regelung durch Mehrstimmrechte<sup>239</sup>, stimmrechtslose Geschäftsanteile oder auch die Vereinbarung von Sonderrechten<sup>240</sup>. Folglich ist es den Gesellschaftern beispielsweise anheimgestellt, sich statutarisch über mögliche Veto- oder Zustimmungsrechte einzelner Gesellschafter zu einigen, von deren Ausübung das Schicksal des gesamten Beschlusses abhängt<sup>241</sup>. Spiegelbildlich ist auch die gesellschaftsvertragliche Festlegung von bestimmten Pflichten einzelner Gesellschafter sowohl zulässig, als auch praktisch gebräuchlich.<sup>242</sup>

---

<sup>235</sup> Sofern keine gesetzliche qualifizierte drei-Viertel Mehrheit oder Einstimmigkeit gilt. Siehe dazu im Einzelnen den Katalog bei MüKo/GmbHG/Drescher, § 47, Rn. 47, 48.

<sup>236</sup> Vgl. Michalski/Römermann, GmbHG, § 47 Rn. 14 ff.; MüKo/GmbHG/Drescher, § 47, Rn. 49, /Liebscher, § 48, Rn. 114.

<sup>237</sup> Auch hier sind freilich weitreichende Gestaltungen denkbar, namentlich den Verzicht auf das Quorum in der folgenden, zweiten Gesellschafterversammlung, siehe im Einzelnen bei Michalski/Römermann, GmbHG, § 47, Rn. 15 ff. m.w.N.

<sup>238</sup> Mayer, GmbHR 1990, 61, 61.

<sup>239</sup> Statt aller BayObLG, DNotZ 1986, 373, 375 f. m.w.N.

<sup>240</sup> Sonderrechte sind nach allgemeiner Auffassung solche Mitgliedschaftsrechte, die einem Mitglied bzw. Mitgliedergruppe gegenüber anderen Mitgliedern eine bevorzugte Rechtsstellung gewähren, vgl. schon RG, HRR 1932, 1287; BGH, NJW-RR 1989, 542, 543; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 3, Rn. 45, K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 558; ausführlicher zur Terminologie und m.w.N. bei Aker, Sonderrechte von GmbH-Gesellschaftern, S. 57 f.; Dabei lassen sich Sonderrechte zunächst in vermögensrechtliche und verwaltungsrechtliche Sonderrechte unterteilen und knüpfen folglich an den jeweiligen mitgliedschaftlichen Rechten der GmbH-Gesellschafter an. Zu den einzelnen Sonderrechten siehe monografisch bei Aker, Sonderrechte von GmbH-Gesellschaftern, S. 129 ff.

<sup>241</sup> Vgl. OLG Stuttgart, NZG 2000, 490, 490 ff.; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 47, Rn. 12 m.w.N.; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand, GmbHG, § 47; Rn. 29.

<sup>242</sup> Nebenleistungspflichten umfassen insbesondere Geld- und Sachleistungen aber auch Handlungs- und Unterlassungspflichten, Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 3, Rn. 31, 39 ff.

Die Freiheit der Satzungsgestaltung wird einerseits durch zwingendes Recht begrenzt,<sup>243</sup> sowie andererseits durch anerkannte Grundsätze für das GmbH-interne Kompetenzgefüge. So nimmt man begrenzend an, dass dem Geschäftsführer ein gewisser Mindestbestand an Aufgaben verbleiben muss.<sup>244</sup> Die Weisungsbefugnis kann innerhalb der Gesellschafter oder auf ein anderes Organ übertragen werden. Eine Überlassung an Dritte ist jedoch nicht möglich.<sup>245</sup> Im Verhältnis der Gesellschafter untereinander ist zu fordern, dass jedem Gesellschafter ein „unverzichtbarer Kern“<sup>246</sup> an Rechten bei der Mitwirkung zur Willensbildung verbleibt. Der demnach dispositive Aufgabenkatalog des § 46 GmbHG zeigt, dass dem GmbH-Recht keine dem Handelsrecht vergleichbare gewichtige Trennung zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Maßnahmen vorsieht.<sup>247</sup> In der GmbH-Praxis kommt bei der Ausgestaltung des Kompetenzgefüges im Übrigen den Gesellschaftervereinbarungen eine wesentliche Funktion zu.<sup>248</sup> Durch sie werden auf vertraglicher Ebene das Verhältnis der Gesellschafter untereinander und die Aufgaben und Befugnisse innerhalb der Gesellschaft geregelt.

## (2) (Fakultativer) Aufsichtsrat

Für die GmbH ist ein Aufsichtsrat grundsätzlich nicht obligatorisch.<sup>249</sup> § 52 GmbHG regelt den fakultativen, satzungsmäßig vorgesehenen Aufsichtsrat. Den Gesellschaftern kommt somit die gestalterische Autonomie zu, eine Instanz zur Überwachung der Geschäftsführung zu installieren. Diese Freiheit hat erst recht zur Konsequenz, dass die Ausgestaltung der Aufgaben und somit der Stellung im Kompetenzgefüge der Gesellschaft vielfältig ist. So finden sich in der GmbH-Praxis weitreichende Unterschiede, wonach einerseits dem Gremium eine lediglich beratende Funktion („beratende Beiräte“) zukommt oder es andererseits eine selbständige Kontrollinstanz („überwachende- oder unternehmensleitende Beiräte“) darstellt. Die Frage, welche Anforderungen an die Stellung des

---

<sup>243</sup> Die §§ 46 ff. GmbHG sind gerade nicht zwingend, vgl. § 45 Abs. 2 GmbHG. Für Besonderheiten der mitbestimmten GmbH ausführlich *Hommelhoff*, ZGR 1978, 119, 119 ff.

<sup>244</sup> Hensler/Strohn/*Mollenkopf*, Gesellschaftsrecht, GmbHG § 45, Rn.2; Baumbach/Hueck/*Zöllner/Noack*, GmbHG § 46, Rn. 5, 89 ff.

<sup>245</sup> Oppenländer/*Trölitzsch/Jaeger*, GmbH-Geschäftsführung, § 19, Rn. 17.

<sup>246</sup> Grundlegend schon RGZ 167, 65, 73.

<sup>247</sup> Vgl. *Hommelhoff*, ZGR 1978, 119, 119 ff.

<sup>248</sup> Siehe noch eingehend sogleich unter „Teil 2 B.II.3.b.“.

<sup>249</sup> Sofern die GmbH in den Anwendungsbereich des MontanMitbestG, MontanMitbestErgG, DrittelbG, MitbestG oder InvG fällt, muss sie einen Aufsichtsrat haben, vgl. etwa Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner/Schnorbus*, GmbHG, § 52, Rn. 4 m.w.N.

Aufsichtsrats innerhalb der Gesellschaft zu stellen sind, um diesen dem Bereich des § 52 GmbHG zu unterstellen, soll ausgeklammert werden.<sup>250</sup> Entsprechend den unterschiedlichen Ausgestaltungen der Beiräte, sind auch die mit ihnen verfolgten Zwecke und zugrundeliegenden Interessen der Gesellschafter vielfältig. Neben den ausschließlich beratend tätig werdenden Gremien liegt häufig die Balance des Machtgefüges zugrunde. So kann einerseits die Kompetenzverteilung modifiziert werden, sowie andererseits auch Dritten eine Einflussmöglichkeit eingeräumt werden.<sup>251</sup>

### *bb. Einflussnahmen Dritter*

Die grundlegende Kompetenzverteilung kann einige Beschränkungen erfahren. Praktisch ist eine GmbH allerdings nur selten beziehungsweise nur begrenzt einer direkten Einflussnahme von außen ausgesetzt. Hierher gehören vornehmlich Rechte gesellschaftsfremder Dritte, auf die Weisungen der Gesellschafter an die Geschäftsführung Einfluss zu nehmen. Ebenso bestehen häufig Stimmverträge der Gesellschafter.

#### *(1) Zulässigkeit von Weisungsbefugnissen Dritter*

Die Einräumung eines bloßen Zustimmungsvorbehalts für eine Weisung an Dritte ist grundsätzlich anerkannt.<sup>252</sup> Eine über diese lediglich passive Form der Unternehmensleitung hinausgehende Einräumung von Rechten an Dritte in der Form von Weisungsrechten ist dagegen zweifelhaft. Zunächst ist es sachgerecht zwischen mitgliedschaftsrechtlichen Weisungsrechten und solchen zu unterscheiden, die lediglich aufgrund einer schuldrechtlichen Vereinbarung vorgenommen werden.<sup>253</sup> Während der Begründung von Weisungsrechten durch schuldrechtliche

---

<sup>250</sup> Teilweise wird an die Nähe zum aktienrechtlichen Vorbild angeknüpft, Scholz/*Uwe H. Schneider*, GmbHG, § 52, Rn. 72; andere beziehen auch beratende Organe, die mit gewissen Weisungsbefugnissen ausgestattet sind und damit in die Geschäftsleitung eingreifen können, mit ein, *Reuter* in: FS 100 Jahre GmbHG, S. 631, 631 ff.; siehe die Ausführungen zu den einzelnen Positionen bei Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Koppensteiner/Schnorbus*, GmbHG, § 52, Rn. 8.

<sup>251</sup> Die Überwachung durch Dritte sichert in Fällen der Krise oder Sanierung die Interessen der Gläubiger, vgl. dazu etwa bei *Spindler/Kepper*, DStR 2005, 1738, 1740; weitere Fälle sind etwa die Nachfolgeregelungen oder die Stellung der Familienmitglieder in Familiengesellschaften, siehe zum Ganzen m.w.N. zu den Ausgestaltungen Scholz/*Uwe H. Schneider*, GmbHG, § 52, Rn. 6 ff.

<sup>252</sup> Ausführlich *Herfs*, Einwirkungen Dritter auf den Willensbildungsprozeß der GmbH, S. 136 f.

<sup>253</sup> Siehe etwa bei Scholz/*Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, GmbHG, § 37, Rn. 42 f.

Verträge keine Bedenken hinsichtlich der Verbands-souveränität entgegenstehen, begegnet die Einräumung von mitgliedschafts-rechtlichen Weisungsbefugnissen Bedenken.<sup>254</sup>

## (2) *Stimmbindungen*

Auch im Bereich der Stimmrechte können sich GmbH-Gesellschafter Einflüssen von außen aussetzen. Hierher gehören namentlich Stimmbindungsverträge mit Dritten.<sup>255</sup> Solche Stimmbindungen sind grundsätzlich wirksam.<sup>256</sup> Grenzen ergeben sich wiederum direkt aus dem Gesetz, der Satzung oder bei der Kollision mit gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen oder Pflichten.<sup>257</sup> Als lediglich schuldrechtlicher Vertrag ergeben sich bei Verstößen aufgrund der Relativität der Vereinbarung zunächst keine Auswirkungen auf Gesellschafter, die nicht selbst Vertragspartei sind oder die Gesellschaft selbst. Insofern liegt die Gefahr der Eingriffe von außen in das Gesellschaftsgefüge ähnlich gering, wie bei lediglich schuldrechtlichen Zustimmungsvorbehalten bei Weisungen.

Es kann mit Blick auf die Zielsetzung der Arbeit dahinstehen, inwieweit schon die Vereinbarung als solche einen Eingriff in das Kompetenzgeflecht darstellt, indem sie die Befugnisse der Gesellschafter verkürzt.<sup>258</sup> Schließlich liegen den

---

<sup>254</sup> Dies soll hier nicht verfolgt werden. Dafür Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber, GmbHG, § 37, Rn. 20; Herfs, Einwirkungen Dritter auf den Willensbildungsprozess der GmbH, S. 140 ff.; dagegen etwa Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, S. 189 ff.; Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider, GmbHG, § 37, Rn. 41.

<sup>255</sup> Stimmbindend wirkt sich ferner eine Treuhand, ein (vertragliches) Pfandrecht oder ein Nießbrauch am Geschäftsanteil aus, siehe bei Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 47, Rn. 42 m.w.N. Diesen Fällen ist gemein, dass die rechtliche Beziehung zwischen Dritten und Gesellschaftern diese verpflichtet die Stimme in einer gewissen Weise auszuüben; Stimmbindungen ferner in Unterbeteiligungskonstellationen, MüKo/HGB/K. Schmidt, § 230, Rn. 232.

<sup>256</sup> BGHZ 48, 163, 163 ff.; BGH, ZIP 1983, 163, 163 f.; anders Flume, BGB AT, S. 245 ff., der eine Stimmbindung gegenüber außenstehenden Dritten für per se unzulässig erachtet, mit Ausnahmen bei Treuhandverhältnissen und bei der Veräußerung vinkulierter Geschäftsanteile.

<sup>257</sup> Insbesondere die Treuepflicht, Kapitalerhaltung, Gesellschaftszweck, siehe etwa bei Klosterkemper, Einflussmöglichkeiten Außenstehender auf den innerkorporativen Bereich der GmbH, S.110; zu Grenzen des zulässigen Dritteinflusses durch Stimmbindungen monografisch, Dürr, Nebenabreden im Gesellschaftsrecht, S. 55 ff., 76 ff. Der Autor steht den begrenzenden Auffassungen zumeist skeptisch gegenüber, indem er den Begriff der „Verbandsautonomie“ auf das Recht der Gesellschafter vorverlagert, sich vertraglich über ihre Stimmrechte zu einigen, S. 59.

<sup>258</sup> Siehe zur Wirksamkeit von Stimmbindungsverträgen und deren prozessualen Konsequenzen etwa bei Herfs, Einwirkungen Dritter auf den Willensbildungsprozess der GmbH, S. 161 ff.; Klosterkemper, Einflussmöglichkeiten Außenstehender auf den innerkorporativen Bereich der GmbH, S. 97 ff.

genannten Möglichkeiten der Einflussnahme auf die Entscheidungsfindung der Gesellschaft privatautonome Akte zugrunde.

### (3) Sonderkonstellation: Bestellung eines Notgeschäftsführers

Eine besondere Konstellation stellt die gerichtliche Bestellung eines sogenannten Notgeschäftsführers dar. Gemäß § 6 Abs. 1 GmbHG muss eine GmbH als Körperschaft einen Geschäftsführer als Handlungsorgan aufweisen. Sofern ein Geschäftsführer fehlt kann in dringenden Fällen analog den vereinsrechtlichen Bestimmungen des § 29 BGB im Verfahren nach dem FamFG ein Notgeschäftsführer bestellt werden.<sup>259</sup> Eine eigene Vorschrift kennt das GmbHG, anders als das AktG, für diese Fälle nicht.<sup>260</sup> Fehlt ein Geschäftsführer ist darüber hinaus von Gesetzes wegen das Notwendigkeitserfordernis eines *dringenden Falles*<sup>261</sup> zu berücksichtigen. Maßgeblich ist dabei ein drohender Schaden für die Gesellschaft an sich oder für *Beteiligte*<sup>262</sup>. Aufgrund des weitreichenden Eingriffs in die Verbandsautonomie,<sup>263</sup> und namentlich die Kompetenzen der Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 5 GmbHG ist die Bestellung auf das im konkreten Fall geltend gemachte Bedürfnis nach Art und Dringlichkeit zu beschränken<sup>264</sup>. Daraus folgt, dass das Gericht die Befugnis des Geschäftsführers auf das sachlich Notwendige begrenzen muss.<sup>265</sup>

---

<sup>259</sup> Für die ganz herrschende Meinung siehe nur RGZ 116, 118; BGHZ 6, 232, 232 f. oder bei Gehrlein/Ekkenga/Simon/Buck-Heeb, GmbHG, § 6 Rn. 41 m.w.N auch zur vereinzelt Gegenansicht, die eine Analogie zu § 85 AktG annimmt, Kögel, NZG 2000, 20, 23.

<sup>260</sup> Siehe § 85 AktG. Dieser findet abweichend von der Heranziehung der vereinsrechtlichen Vorschriften mit der ganz herrschenden Meinung dann Anwendung, wenn das MitbestG dieses gemäß § 31 Abs. 1 MitbestG vorschreibt, vgl. MüKo/GmbHG/Stephan/Tieves, § 35, Rn. 56.

<sup>261</sup> Vgl. § 29 BGB.

<sup>262</sup> Anerkannt ist dafür eine restriktive Auslegung, was sich schon auf die Gesetzgebungsmaterialien zurückführen lässt, vgl. § 44 Abs. 6 Abs. 2 des Entwurfes der Ersten Kommission, bei Bauer, Der Notgeschäftsführer in der GmbH, S. 91. Als Beteiligte kommen die Gesellschafter, ein Geschäftsführer, sofern dessen (alleinige) Vertretungsmacht nicht ausreichend ist, eine Verwaltungsbehörde oder die Gläubiger der Gesellschaft, Gehrlein/Ekkenga/Simon/Buck-Heeb, GmbHG, § 6 Rn. 41; nur Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 6, Rn. 32; MüKo/GmbHG/Stephan/Tieves, § 35, Rn. 66 m.w.N.

<sup>263</sup> Monografisch Bauer, Der Notgeschäftsführer in der GmbH, S. 138 f.

<sup>264</sup> MüKo/GmbHG/Stephan/Tieves, § 35, Rn. 62; Vgl. auch BayObLG, NZG 98, 944, 946; Hohlfeld, GmbHR 1986, 181, 182; ders, GmbHR 1999, 1294, 1295; Bauer, Der Notgeschäftsführer in der GmbH, S. 138 f.; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, Vor § 35, Rn. 21.

<sup>265</sup> BayObLG, NZG 1998, 944, 946; OLG München, BB 2007, 2311, 2312; Gehrlein/Ekkenga/Simon/Buck-Heeb, GmbHG, § 6 Rn. 42; Dies bedeutet nach allgemeinen Grundsätzen jedoch nicht, dass das Gericht die Vertretungsmacht eingrenzen kann, vgl. § 37 Abs. 2 GmbHG.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass durch die gerichtliche Bestellung eines Notgeschäftsführers Eingriffe von außen – mittelbar auch durch Dritte – möglich sind. Denn es besteht eine Antragsbefugnis auch der Gläubiger. Allerdings sind diese nur als Gesellschaftsgläubiger zu verstehen und nicht auch Privatgläubiger einzelner Gesellschafter. Weiterhin besteht das Erfordernis restriktiver Handhabung sowohl in tatbestandlicher Hinsicht, als auch mit Blick auf den Kreis der Antragsberechtigten und stellt somit in doppelter Hinsicht ein Korrektiv dar. Zuletzt wird man annehmen müssen, dass das Gericht an satzungsmäßige Vorgaben gebunden ist, die die Geschäftsführung der betroffenen GmbH näher ausgestalten.<sup>266</sup> Demnach sind die Eingriffe von außen auch unter dem Gesichtspunkt der Notgeschäftsführerbestellung eine eng umgrenzte Ausnahme.

### *cc. Entscheidungen der Unternehmensführung*

#### *(1) Ausrichtung und Unternehmenspolitik*

Die Entscheidungen über einzelne Kernfragen der Unternehmenspolitik sowie die unternehmerische Ausrichtung sind wesentliche Elemente der Unternehmensführung. Typische Kernelemente stellen dabei etwa die Gewinnverwendungspolitik, die Personalkompetenz oder richtungsweisende unternehmerische Weichenstellungen dar. Nicht selten sind diese Punkte Gegenstand von Kompromissen oder wurden im Zusammenhang oder als Ausgleich für eine andere Regelung getroffen. Wesentliches Instrument der Lenkung innerhalb der Gesellschaft ist wie gezeigt die Beschlussfassung durch die Gesellschafter und deren Umsetzung durch die Weisung an den Geschäftsführer. Der Geschäftsbetrieb wird innerhalb der Bahnen der statutarisch vorgegebenen Unternehmensstrategie<sup>267</sup> hingegen regelmäßig durch den Geschäftsführer geleitet. Wesentliche Auswirkungen können hingegen sogenannte Unternehmensverträge entfalten, durch die sich die GmbH konstitutiv binden kann.<sup>268</sup>

Aufgrund ihrer vielen offenen Rechtsfragen und der Komplexität der Materie soll die Beschlussfassung einerseits hinsichtlich der Verwendung des Gewinns im Sinne des § 29 GmbHG gesondert beleuchtet werden. Die Gewinnverteilung stellt

---

<sup>266</sup> BayObLG, NJW 1981, 995, 996; Gehrlein/Ekkenga/Simon/Buck-Heeb, GmbHG, § 6 Rn. 42.

<sup>267</sup> Vgl. vorstehend „Teil 2 B.II.2.b.aa.“.

<sup>268</sup> Die Unternehmensverträge (siehe im Aktienrecht §§ 291 ff. AktG) sind auch für die GmbH anerkannt. Siehe dazu und zu den Anforderungen an den Abschluss solcher Unternehmensverträge durch eine GmbH, *Klosterkemper*, Einflussmöglichkeiten Außenstehender auf den innerkorporativen Bereich der GmbH, S. 62 ff.

einen Ausgleich der monetären Individualinteressen der Gesellschafter an einer Rendite und der Eigenkapitalausstattung der GmbH durch Einstellung in Gewinnrücklagen dar.<sup>269</sup> Andererseits muss sich die unternehmerische Ausrichtung unter dem Gesichtspunkt der sogenannten gesellschaftsrechtlichen Treupflicht gewissermaßen an sich selbst messen lassen, indem die Beschlussfassung dort eingeschränkt sein kann, wo sie das Gemeinwohl der Gesellschaft schädigt.<sup>270</sup>

## (2) Unternehmerisches Ermessen und Beurteilungsspielräume

Die allgemeine Ausrichtung des Unternehmens ist die elementare unternehmerische Entscheidung. Die Entscheidungsfindung im Wirtschaftsleben ist schnelllebig und erfordert innovatives Denken. In anderen Fällen kann die Entscheidung etwa darin liegen, eine bestimmte Vision oder Idee zu verfolgen oder an einer Tradition gezielt festhalten zu wollen, stets ohne die Gewissheit des späteren Erfolgs der Maßnahme. Nach der vorherrschenden – eng gefassten – Auffassung, werden unternehmerische Entscheidungen daher definiert als die „bewusste Auswahl aus mehreren tatsächlich möglichen und rechtlich zulässigen Verhaltensalternativen, wobei im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung wegen unvorhersehbarer Sachverhaltsentwicklung noch nicht absehbar ist, welche der zur Verfügung stehenden Alternativen sich als die im Nachhinein für das Unternehmen wirtschaftlich vorteilhafteste herausstellen wird und deshalb die Gefahr besteht, dass die getroffene Wahl im Nachhinein von Dritten als von Anfang an erkennbar falsch angesehen wird“.<sup>271</sup> Freilich ist der Beurteilungsspielraum in einer GmbH ohne erwerbswirtschaftliche Zielsetzung abweichend zu bestimmen. Dort fehlt es an unternehmerischen Entscheidungen im engeren Sinn, mit ihrem immanenten wirtschaftlichen Prognoserisiko. Bei

---

<sup>269</sup> Die Gewinnverwendung ist ein komplexes Feld, welches eng mit bilanz- und steuerrechtlichen Fragen verschränkt ist. Die Stärkung der Eigenkapitalquote hat ihrerseits Auswirkungen auf die Finanzierung der Gesellschaft, indem es eine maßgebliche Bemessungsgrundlage darstellt, vgl. nur etwa *Hesselbarth/Renner*, JuS 2014, 11, 11 ff. Nicht zuletzt hat Eigenkapital als Anknüpfungspunkt Unternehmensbewertung auch Folgen für den Wert der Anteile, vgl. *Faß/Hülsmeier*, DStR 1998, 1487 ff.; siehe zu den Rechtsfragen auch unter „Teil 3 A.II.2.c.“.

<sup>270</sup> Siehe dazu gesondert eingehend unter „Teil 3 B.II.“

<sup>271</sup> Definition von *Sven Schneider*, DB 2005, 707, 711; ihm folgend etwa *Spindler*, AG 2006, 677, 681; *Scholz/Uwe H. Schneider*, GmbHG, § 43, Rn. 56 m.w.N; abstellend auf das Risikomoment *Semler* in: FS Ulmer, S. 627, 627 f.; als „Auswahl einer unternehmerischen Handlungsmöglichkeit von besonderer wirtschaftlicher Tragweite aus mehreren Handlungsalternativen“ *Mutter*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrats der Aktiengesellschaft, S. 6 ff.

der Betrachtung von Gesellschaften ohne wirtschaftlich geprägten Unternehmensgegenstand könnte nur auf die mindere Eignung zur Erreichung des Gesellschaftszwecks abgestellt werden, was jedoch angesichts der vorherrschend vertretenen Unzulässigkeit<sup>272</sup> von Zweckmäßigkeitkontrollen zweifelhaft erscheint.

Es ist daher allgemein anerkannt, dass der Unternehmensleitung ein für die unternehmerische Tätigkeit erforderlicher weiter Spielraum zusteht, der einer gerichtlichen Kontrolle nicht zugänglich ist.<sup>273</sup> Diese Prerogative ist durch eine Betrachtung ex ante zu beurteilen. Der im Aktienrecht ausdrücklich normierte Grundsatz des unternehmerischen Ermessens (die sogenannte *business-judgement-rule*, vgl. § 93 Abs. 1 AktG), findet auch im GmbH-Recht Berücksichtigung.<sup>274</sup> Als Konkretisierung des maßgeblichen Haftungskriteriums,<sup>275</sup> die *Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes* anzuwenden, begründet er eine Haftungsprivilegierung im Rahmen der Geschäftsführerhaftung des § 43 Abs. 1 GmbHG.

Obgleich dieser (beweisrelevante) Freiraum für die Gesellschafter der GmbH nicht geregelt ist, scheint grundlegend folgender Schluss gerechtfertigt: Für diejenigen der im weiteren Sinne unternehmerische Entscheidungen trifft, und zwar unabhängig davon, ob er einem Geschäftsführungsorgan angehört oder nicht, ist ein Mindestmaß an freier Entscheidungsfindung unerlässlich. Dies ist nicht zuletzt rechtspolitisch wünschenswert, um eine Willensbescheidung des Unternehmertums zu vermeiden. Richtigerweise wird über den Anwendungsbereich des § 43 Abs. 1 GmbHG hinaus daher überwiegend anerkannt, dass auch den Gesellschaftern bei der Beurteilung von Geschäftsführungsangelegenheiten im Rahmen der Beschlussfassung ein Ermessensspielraum zustehen kann.<sup>276</sup> Maß-

---

<sup>272</sup> Siehe zur begrenzten gerichtlichen Kontrollen die Darstellungen in „Teil 3 B.I.2.“.

<sup>273</sup> Grundlegend BGH, ZIP 1997, 883, 883 ff. („ARAG“); BGHZ 135, 244, 253.

<sup>274</sup> Vgl. BGHZ 135, 244, 253; 152, 280, 282; BGH, NZG 2008, 751, 751 f.; zu den rechtsformspezifischen Besonderheiten und deren Berücksichtigung bei der Übertragung des ursprünglich aktienrechtlichen Instruments siehe etwa MüKo/GmbHG/*Fleischer*, § 43, Rn. 71; sowie *ders*, NZG 2011, 521, 521 ff. hinsichtlich der rechtsformspezifischen Unterschiede.

<sup>275</sup> Vgl. *Hauschka*, GmbHR, 2007, 11, 12.

<sup>276</sup> OLG Düsseldorf, DB 1996, 974 (GmbH-Gesellschafterversammlung bei der Beschlussfassung über eine Geschäftsführungsmaßnahme); *Wiedemann*, ZGR 1980, 147, 157; *Korehnke*, Treuwidrige Stimmen im Personengesellschafts- und GmbH-Recht, S. 40 f.; i.E. *Lutter*, JZ 1995, 1053, 1055; i.E. zustimmend *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 47, Rn. 96; dagegen allerdings *Martens*, GmbHR 1984, 265, 269 f. Inwieweit auch in anderen Bereichen ein derartiger Spielraum einzuräumen ist und wie dieser herzuleiten ist eingehend „Teil 3 B.I.3.c.“.



gebliche Relevanz hat dies in Fällen, in denen die Gesellschafter über eine haftungsrelevante Maßnahme der Geschäftsführung beschließen.<sup>277</sup> Letztlich soll das *unternehmerische Geschick*<sup>278</sup> der Gesellschafter nicht hinterfragt werden, was im Verlauf der Ausarbeitung noch im Rahmen der Bestimmung der Reichweite der Stimmrechtsfreiheit der Gesellschafter gewürdigt werden soll.<sup>279</sup>

*dd. Heranziehung der betriebswirtschaftlichen Forschung zur Entscheidungsfindung*

Die Entscheidungsfindung in Unternehmen ist zumeist sehr komplex und stellt ein gesamtes Forschungsfeld der Betriebswirtschaft dar.<sup>280</sup> Versuche einer genauen Kategorisierung und Folgerung von Verhaltensmustern werden angesichts der Vielfalt der Unternehmen vermieden.<sup>281</sup> Einigkeit besteht dahingehend, dass die Entscheidungsfindung in kleinen und mittelständischen Unternehmen regelmäßig von anderen Merkmalen und Abläufen geprägt ist, als in Großunternehmen.<sup>282</sup> Die strukturierte, formalisierte und hierarchisch organisierte Entscheidungsfindung in Großunternehmen wird regelmäßig in kleineren Unternehmen vernachlässigt und stattdessen tendenziell durch individuelle Handhabungen, Betriebspraktiken und Abläufe ersetzt.<sup>283</sup>

---

<sup>277</sup> Vgl. dazu etwa den in „Teil 3 B.II.1.“ noch näher zu behandelnden Fall BGHZ 129, 136 ff. („*Girmes*“) zur Frage der Schadensersatzpflicht der Aktionäre einer AG.

<sup>278</sup> Vgl. BGHZ 94, 324, 326, wonach die Zweckmäßigkeit und das unternehmerische Geschick eines Entlastungsbeschlusses nicht überprüft werden soll.

<sup>279</sup> Zu den Auswirkungen auf die richterliche Kontrolldichte der Stimmrechtsausübung siehe „Teil 3 B.II.3.b.“ sowie zur Berücksichtigung bei der Treupflicht unter „Teil 3 B.II.1.c.cc.(5)(c)“.

<sup>280</sup> Die innerbetrieblichen Entscheidungsinterdependenzen als „fundamentale Fragenstellungen der Betriebswirtschaftslehre“, *Backhaus/Hawixbrock/Gaida/Lamers/Schlüter/Welker*, Betriebliche Entscheidungsinterdependenzen, Vorwort.

<sup>281</sup> Vgl. *Schultze/Brämer*, Blackbox Entscheidungsfindung in KMU – ein Annäherungsversuch in KMU-Innostrat Arbeitspapiere 41, 2011, 28, 28 ff.

<sup>282</sup> *Schultze/Brämer*, Blackbox Entscheidungsfindung in KMU – ein Annäherungsversuch in KMU-Innostrat Arbeitspapiere 41, 2011, 28, 34.

<sup>283</sup> Vgl. hinsichtlich der Grundaussage *Schultze/Brämer*, Blackbox Entscheidungsfindung in KMU – ein Annäherungsversuch in KMU-Innostrat Arbeitspapiere 41, 2011

Entscheidungsfindungen in Unternehmen sind zudem stets interdependent.<sup>284</sup> Einerseits treffen Aufgabenträger Entscheidungen innerhalb ihres Entscheidungsfeldes auf der Grundlage von Daten und Handlungsalternativen.<sup>285</sup> Diese entsprechen ihrem jeweiligen Aufgabenbereich in einem Unternehmen. Dabei ist diese Aufgabe andererseits regelmäßig mit anderen Einheiten und Entscheidungen verknüpft. Die Folge sind zahllose innerbetriebliche Entscheidungsinterdependenzen.<sup>286</sup> Dabei ist festzuhalten, dass diese wechselseitige Abhängigkeit nicht auf die Erledigung von Aufgaben im organisatorischen Sinne beschränkt ist, sondern sich vielmehr zwischen nahezu sämtlichen zielrelevanten Entscheidungen ergeben kann.<sup>287</sup> In einem kleinen, mittelständischen oder personalistisch eingespielten Unternehmen wird diese Erkenntnis noch durch die persönliche Ebene erweitert. Dabei sind persönliche Absprachen, frühere ähnlich gelagerte Fälle oder aber ein Ausgleich für eine zuvor zugunsten eines Gesellschafters getroffene Entscheidung schwer messbar. Im Ergebnis stellt daher die Entscheidungsfindung häufig einen Kompromiss dar,<sup>288</sup> welcher auch frühere ähnlich gelagerte Fälle berücksichtigen kann.

### 3. Ausgestaltung des Unternehmens

Das Recht der GmbH bietet weitreichende Freiheiten zur Ausgestaltung der Gesellschaft und ermöglicht daher eine individuelle Lösung für das Unternehmen. Die Satzung legt dabei das gesetzlich vorgeschriebene korporative Fundament der GmbH (vgl. § 3 GmbHG) und kann weitestgehend autonom gestaltet werden. Neben der Satzungsautonomie stellen die vertraglichen Vereinbarungen die

---

<sup>284</sup> Es folgen Entscheidungsinterdependenzen, „die dadurch gekennzeichnet sind, dass Daten und Variablen des Entscheidungsfeldes sich gegenseitig bedingen, oder nicht bekannt ist, welche Faktoren als Daten und Variablen in einer Entscheidungssituation anzusehen sind“, *Backhaus/Hawixbrock/Gaida/Lamers/Schlüter/Welker*, Betriebliche Entscheidungsinterdependenzen, S. 223.

<sup>285</sup> So im betriebswirtschaftlichen Sinn: *Backhaus/Hawixbrock/Gaida/Lamers/Schlüter/Welker*, Betriebliche Entscheidungsinterdependenzen, S. 38 ff.

<sup>286</sup> *Backhaus/Hawixbrock/Gaida/Lamers/Schlüter/Welker*, Betriebliche Entscheidungsinterdependenzen, unterteilen dafür ihre Fallstudie etwa in die Bereiche *Produktion, Organisation, Personal, Finanzierung*.

<sup>287</sup> *Backhaus/Hawixbrock/Gaida/Lamers/Schlüter/Welker*, Betriebliche Entscheidungsinterdependenzen, unterteilen dafür ihre Fallstudien etwa in die Bereiche *Produktion, Organisation, Personal, Finanzierung*.

<sup>288</sup> Vgl. im Ergebnis Michalski/*Lieder*, GmbHG, § 13, Rn. 132.

zweite Säule der praktischen Gestaltungsfreiheit dar. Diese Gesellschaftervereinbarungen zwischen den Gesellschaftern ermöglichen eine detailliertere Regelung des Innenverhältnisses der Gesellschaft.

### a. Satzungshoheit

Die Satzungsautonomie ist das maßgebliche Element bei der individuellen Gestaltung der GmbH entsprechend den Bedürfnissen der Gesellschafter an ihre Gesellschaft. Diese Möglichkeit ergibt sich maßgeblich aus §§ 3 Abs. 2 Var.2, 45 Abs. 1 GmbHG und der weitgehenden Disponibilität des GmbH-Rechts.<sup>289</sup>

#### aa. Privatautonomer Aufbau

Diese „Hoheit“ über die Satzung<sup>290</sup> ermöglicht, anders als das Aktienrecht (vgl. § 23 Abs. 5 AktG), neben dem maßgerechten Zuschnitt auch die spätere Anpassung an veränderte Verhältnisse. Grenzen der privatautonomen Satzungsgestaltung setzt das zwingende Recht sowie einige ungeschriebene Rechtsgrundsätze.<sup>291</sup> Dabei gebietet es der Grundsatz der Privatautonomie, dass sich (weitere) Einschränkungen stets an einem Rechtfertigungserfordernis messen lassen müssen: Nur sofern die Interessen der Gesellschafter an einer Aufrechterhaltung der Satzungshoheit hinter den übrigen Interessen des Rechtsverkehrs zurückstehen,<sup>292</sup> ist die Ausnahme zulässig.

Dies wird umso deutlicher, wenn man das historische Leitbild des Gesetzgebers beachtet. Danach wurde das GmbH-Gesetz im Spektrum zwischen AG und OHG gezielt nicht an die Personengesellschaften angenähert.<sup>293</sup> Gleichwohl sollte da-

---

<sup>289</sup> MüKo/GmbHG/Wicke, § 3, Rn. 1 m.w.N.

<sup>290</sup> Odersky in: Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 1998, S. 103, 103 ff.

<sup>291</sup> Die zwingenden Normen ergeben sich aus dem GmbH-Recht, insbesondere solchen zum Schutz des Rechtsverkehrs (z.B. der Kapitalaufbringung und -erhaltung) sowie aus anderen Gesetzen zur Rechnungslegung (nach dem HGB und dem Publg) sowie ggf. zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer, siehe die Darstellung bei MüKo/GmbHG/Wicke, § 3, Rn. 149 ff. sowie zu den ungeschriebenen Grundsätzen der Verbandssouveränität, Gleichheit und Treupflicht, Rn. 152.

<sup>292</sup> Insofern erscheint die Gegenüberstellung lediglich der Interessen der Gesellschafter und der *Gläubiger* bei MüKo/GmbHG/Wicke, § 3, Rn. 148, nicht einleuchtend: Es können sich Konstellationen ergeben, in denen etwa die Rechte der Gesellschafter beeinträchtigt sind oder Dritter, die nicht Gläubiger der Gesellschaft sind (etwa Privatgläubiger eines Gesellschafters).

<sup>293</sup> Amtliche Begründung zum GmbHG, S. 31 f., wonach der Gesetzgeber sich gezielt gegen eine Anlehnung an der Recht der OHG gemäß dem Vorschlag von *Oechelhäuser* ablehnt da eine solch „individualistische Grundlage, wie die offene Handelsgesellschaft sie bietet,

für Möglichkeit einer personalistischen Struktur durch die individuelle Ausgestaltung der Satzung erfolgen können.<sup>294</sup> Die neu zu erschaffende Rechtsform sollte einen flexiblen gesetzlichen Rahmen erhalten, der eine „Öffnung“ nach außen ermöglicht. Es macht an dieser Stelle keinen Unterschied, dass sich zeitnah nach der Einführung der GmbH eine sehr personalistische Ausgestaltung der GmbH als Regelfall herauskristallisierte – letztlich im Gegensatz zum Annahme des historischen Gesetzgebers.<sup>295</sup>

Satzungen formen häufig den innerkorporativen Bereich der Gesellschaften aus. Neben gesetzlich zwingend vorgeschriebenen Satzungsbestandteilen,<sup>296</sup> gibt es in der Praxis daher eine Vielzahl von fakultativen Regelungen, die sich häufig in Gesellschaftsverträgen der GmbH wiederfinden. Dazu gehören insbesondere die Ausgestaltung des Kompetenzgefüges sowie regelmäßig die Willens- und Beschlussfassung. Als Gestaltungselemente dafür eignen sich etwa Sonderrechte einzelner Gesellschafter, Mehrheitserfordernisse, Zustimmungspflichten oder einen fakultativen Beirat.<sup>297</sup> Weitere Regelungen betreffen die Ausweitung<sup>298</sup> der Informationsrechte, die Zulässigkeit und das Prozedere bei Veräußerungen eines Geschäftsanteils oder etwa Regelungen zur Streitbeilegung.<sup>299</sup> Durch die nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG zwingend vorgegebene Angabe des Gegenstands des Unternehmens, wird der Tätigkeitsbereich der Gesellschaft nach außen beschrieben. Davon zu unterscheiden ist dem Grunde nach der Gesellschaftszweck, wobei sowohl Sinn und Kriterien der Abgrenzung vielseitig beurteilt werden.<sup>300</sup> Bei

---

dem vorhandenen Bedürfnisse nur in beschränktem Maße entsprechen würde; denn sie wäre nur für die Beteiligung einer ganz geringen Zahl von Theilnehmern“ geeignet; stattdessen sollte sie ausweislich S. 35 „auch rechtlich eine Mittelstellung zwischen den streng individualistischen Gesellschaftsformen des geltenden Rechts und der [...] Aktiengesellschaft“ einnehmen.

<sup>294</sup> Amtliche Begründung zum GmbHG, S. 35: „Aufgabe des Gesetzes ist es, die Grenzen nach beiden Seiten durch bindende Vorschriften sicherzustellen; innerhalb des sich ergebenden Rahmens kann dagegen der freien Selbstbestimmung der Gesellschaften ein weitgehender Spielraum verbleiben“ wodurch die GmbH die „genügende Biagsamkeit besitzt, um für sehr verschiedene Verhältnisse und Zwecke“ die richtige Rechtsform darzustellen. Sich in der Folge ergebende Fragestellungen seien Aufgabe der Wissenschaft.

<sup>295</sup> Eingehend dazu vorstehend „Teil 2 B.II.1.c.cc.“.

<sup>296</sup> § 3 Abs. 1 GmbHG normiert die zwingenden Mindestbestandteile, sowie die §§ 4, 4a GmbHG.

<sup>297</sup> Dazu „Teil 2 B.II.2.b.aa.“.

<sup>298</sup> Die Informationsrechte aus § 51a GmbHG können als zwingende Mitgliedschaftsrechte nicht eingeschränkt, sondern lediglich erweitert werden, BayObLG, ZIP 1988, 1548, 1548.

<sup>299</sup> Zu gängigen Satzungsregelungen bei *Heidinger/Heckschen*, Die GmbH, § 3.

<sup>300</sup> Siehe die Auffassungen zum Verhältnis bei *Scholz/Emmerich*, GmbHG, § 1, Rn. 2 m.w.N.

einer unternehmerischen GmbH wird der Zweck regelmäßig in der Erreichung des Unternehmensgegenstandes zu sehen sein.<sup>301</sup>

Die Satzung bietet ein konstruktives Instrument die Verhältnisse im Vorfeld und für alle bindend und transparent abzustecken. Die Mitgliedschaft in einer Gesellschaft ist auf Dauer angelegt und erfordert daher die vertragliche Ausgestaltung der Rechte und Pflichten der Gesellschafter untereinander. Die Satzung ist daher auch ein Instrument der Streitvermeidung, indem eine klare Abgrenzung der Kompetenzen Konflikte vermeiden kann.<sup>302</sup> Durch die Aufnahme von Lösungsmechanismen können Unklarheiten auf Verfahrens-, Tatbestands- und Rechtsfolge-seite reduziert werden.

Die Satzungen bestehender Gesellschaften werden häufig geändert. Eine solche Änderung des Gesellschaftsvertrags ist in einigen Fällen Voraussetzung, um eine bestimmte Maßnahme durchzuführen, etwa eine Kapitalerhöhung, vgl. § 3 Abs. 1 GmbHG. Andererseits bietet sie eine Stellschraube, die Gesellschaft veränderten gesellschaftsinternen oder unternehmerischen Verhältnissen und Bedürfnissen anzupassen.

#### *bb. Überblick: Zulässigkeit statutarischer Abwehrmechanismen*

Probleme hinsichtlich der Grenzen der Satzungsautonomie ergeben sich zumeist überall dort, wo Satzungsbestimmungen die Interessen anderer Teilnehmer im Rechtsverkehr beeinträchtigen können. Die Gesellschafter der GmbH haben jedoch oftmals ein Bedürfnis sich gegen Eingriffe von außen abzusichern. Die Abwehr von Einflussnahmen Dritter und den nachteiligen Folgen einer Zwangsvollstreckung eines Gesellschafter-Gläubigers in einen Geschäftsanteil steht daher stets im Widerstreit zum Gläubigerinteresse an einer effektiven Zwangsvollstreckung.<sup>303</sup> Dafür kommen als Gestaltungsmittel zunächst die Begrenzung der Abtretbarkeit des Geschäftsanteils (die sogenannte Vinkulierung der Anteile, § 15 Abs. 3 GmbHG), die Regelung eines Erwerbsrechts der Gesellschaft (als sogenannte Zwangsabtretungs-

---

<sup>301</sup> Nach *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 98, richtet sich der Gesellschaftszweck einer unternehmerischen GmbH auf „selbstständige, erwerbswirtschaftliche Teilnahme am Wirtschaftsverkehr durch den Betrieb eines durch den jeweiligen statutarischen Unternehmensgegenstand geprägten Unternehmens“.

<sup>302</sup> Vgl. dazu *Lutz*, Der GmbH-Gesellschafterstreit, S. 133 ff.

<sup>303</sup> Dazu eingehend bei *Heuer*, ZIP 1998, 405, 406 ff.

klauseln oder eines Vorkaufsrechts) oder die Zwangseinziehung des Anteils in Betracht.<sup>304</sup> Gänzlich ungeeignet zum Schutz der Interessen an ungestörter Fortführung der GmbH ist evident die Auflösung der Gesellschaft im Falle einer Zwangsvollstreckung, vgl. § 60 Abs. 2 GmbHG<sup>305</sup>. Nach vorherrschender Auffassung kann die Pfändbarkeit eines Anteils nicht durch statutarische Vinkulierungsklauseln eingeschränkt werden.<sup>306</sup> Vorkaufsrechte im Sinne der §§ 464 ff. BGB sind wegen der ausdrücklichen Regelung des § 471 BGB auf Fälle der Zwangsvollstreckung nicht anwendbar.<sup>307</sup>

Denkbar sind dagegen sowohl die Regelung der Zwangsabtretung des Anteils, als auch der Zwangseinziehung nach § 34 Abs. 2 GmbHG. Einen weitreichenderen Schutz der Interessen der übrigen Gesellschafter bietet indes die Einziehung des Anteils, da auch nach der Abtretung des Anteils das Pfandrecht des Gläubigers fortbesteht.<sup>308</sup> Die grundsätzlich mögliche Ablösung nach den §§ 268, 1273 Abs. 2, 1223 Abs. 2 BGB greift jedenfalls dann zu kurz, z.B. wenn der Wert der Forderung den des Anteils übersteigt.<sup>309</sup> Die praktisch größte Bedeutung kommt damit den statutarischen Einziehungsklauseln im Sinne des § 34 Abs. 2 GmbHG

---

<sup>304</sup> Mit Blick auf die Problemstellung soll eine rechtliche Auseinandersetzung mit den diskutierten Grenzen zulässiger Satzungsgestaltung ausbleiben. Diese anerkannten Möglichkeiten bilden ihrerseits nur den Rahmen für den weiteren Klärungsbedarf der nicht mit erfassten rechtlichen Probleme und Auswirkungen auf die Interessen der GmbH Gesellschafter.

<sup>305</sup> Siehe dazu bei *Kranz*, Der GmbH-Geschäftsanteil in Pfändung und Insolvenz, S. 76 f.

<sup>306</sup> Die Beschränkbarkeit der Pfändung ablehnend, RGZ 70, 64; BGHZ 32, 151, 155; *Kranz*, S. 55, 78 m.w.N.; *Roth*, ZGR 2000, 187, 213; *Koch*, DZWIR 2000, 441, 444; siehe aber bei *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, S. 123 ff., wonach die Vinkulierung nach § 15 Abs. 5 GmbHG eine Inhaltsbestimmung der Mitgliedschaft darstelle und damit auch in der Zwangsvollstreckung beachtlich sei. Siehe dazu noch „Teil 3 A.II.1.“

<sup>307</sup> Zu den vereinzelt in Anlehnung an die Gesetzeslage in anderen europäischen Ländern entwickelten Ansätzen siehe eingehend bei *Zattler*, Verzahnung der Gesellschaftsverträge in der echten GmbH & Co. KG, S. 83 ff. m.w.N.; *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 203 m.w.N.

<sup>308</sup> Allg. Auffassung, *Zattler*, Verzahnung der Gesellschaftsverträge in der echten GmbH & Co. KG, S. 135 f.; *Koch*, DZWIR 2000, 441, 445 m.w.N.; *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 204; siehe jedoch *Ulmer*, ZHR 1985, 28, 38, unter dem nicht überzeugenden Verweis auf den Untergang derartiger Rechte im Bereich der Kaduzierung nach § 21 GmbHG; zum Pfandrecht des Gläubigers siehe nachstehend „Teil 3 A.II.1.“. Zur Bewertung des Geschäftsanteils siehe „Teil 3 A.II.3.b.“.

<sup>309</sup> *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 204.

zu. Neben der entsprechenden Satzungsbestimmung setzt die Einziehung voraus, dass der Anteil voll eingezahlt ist und das zu zahlende Einziehungsentgelt aus freiem Gesellschaftsvermögen aufgebracht wird.<sup>310</sup>

Den Gesellschaftern der GmbH steht somit ein Instrumentarium bereit, welches grundsätzlich geeignet ist das Eindringen eines Dritten zu verhindern. Liegen die Voraussetzungen in der konkreten GmbH vor, wird die Gefahr des Eindringens Dritter demnach entschärft, obgleich Folgeprobleme nicht auszuschließen sind.<sup>311</sup>

## b. Gesellschaftervereinbarungen

Die Gesellschafter können das Innenverhältnis untereinander und zur Gesellschaft flankierend zur Satzung auf vielfältige Art und Weise durch Gesellschaftervereinbarungen ausgestalten.<sup>312</sup> Ob dies den weiten Schluss einer „Verbandsordnung im weiteren Sinne“, wie teilweise vertreten wurde, zulässt, erscheint zweifelhaft.<sup>313</sup> Durch die vertraglichen Abreden können nahezu sämtliche Bereiche zwischen den Gesellschaftern in der Gesellschaft geregelt werden.<sup>314</sup> Typischerweise stellen diese Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern rechtlich eine Innen-GbR dar.<sup>315</sup> Infolge ihrer grundsätzlich relativen schuldrechtlichen Wirkung hat ein Verstoß gegen diese Absprachen im Außenverhältnis keine unmittelbaren Folgen. Hinsichtlich der Wirkungen im Innenverhältnis hingegen

---

<sup>310</sup> Eingehend bei *Kranz*, Der GmbH-Geschäftsanteil in Pfändung und Insolvenz, S. 87 ff., 130 ff.; besondere Probleme bereitet dabei die Ermittlung des Einziehungsentgelts; zur Unternehmensbewertung siehe auch unter „Teil 3 A.II.3.b.bb.(1)“.

<sup>311</sup> Beispielsweise drohen finanzielle Nachteile im Zusammenhang mit der Abfindung oder die personelle Schwächung durch das Ausscheiden. Ebenso droht der kompetenzielle Zerschneidung in der Satzung leer zu laufen, dazu eingehend nachstehend „Teil 4 A.I., II.“.

<sup>312</sup> Neben dem Regelfall der vertraglichen Abrede können Vereinbarungen durch eine Einbeziehung in die Satzung selbst zu sogenannten unechten Satzungsbestandteilen werden. Sofern eine Vereinbarung als allgemeine Nebenpflicht der Gesellschafter vorgesehen ist, kann diese als (echter) Satzungsbestandteil aufgenommen werden, § 3 Abs. 2 GmbHG. Siehe für die Abgrenzung der Fälle bei BeckOK/*Trölitzsch*, GmbHG Gesellschaftervereinbarungen, Rn. 1.

<sup>313</sup> So im Grundsatz schon *Noack*, Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften, S. 65 ff.; deutlicher *Zöllner* in: FS 100 Jahre GmbHG, S. 98, 98 ff.

<sup>314</sup> In typischen Fällen haben sich spezielle Bezeichnungen etabliert, etwa Stimmbindungsverträge, Poolverträge, Schutzgemeinschaftsverträge, Fraktionsabreden, Konsortialverträge u.a., siehe die Darstellung bei BeckOK/*Trölitzsch*, GmbHG, Gesellschaftervereinbarungen, Rn. 1.

<sup>315</sup> BGH, NZG 2010, 62, 62; BGH, NZG 2013, 220, 221; in Ausnahmefällen kann eine Außen-GbR anzunehmen sein, etwa wenn eine sogenannte Schutzgemeinschaft den Anteilseignern gewisse Pflichten bei der Veräußerung der Anteile auferlegt und diese, etwa durch Einbringung der Anteile, über ein Gesamthandvermögen verfügt, *arg ex* BGH, NJW 1994, 2536, 2536.

wird teilweise unterschieden, ob der vertraglichen Regelung im Einzelfall eine bindende, satzungsähnliche Wirkung beigemessen werden kann.<sup>316</sup>

Häufig besteht ein Interesse seitens der Gesellschafter einen bestimmten Punkt gerade durch eine Gesellschaftervereinbarung zu regeln. Es besteht insbesondere keine Pflicht die getroffene Regelung in das Handelsregister einzutragen und demnach für jeden zugänglich zu machen.<sup>317</sup> Weiterhin folgt aus der Relativität der Abreden, dass diese nur die Vertragsparteien binden und bei einem Wechsel im Gesellschafterbestand demnach grundsätzlich nicht fortgelten.<sup>318</sup> Einen praktisch bedeutsamen Anwendungsfall stellen dabei Vereinbarungen mit anderen Gesellschaftern zur Stimmbindung oder Wahl- und Beststellungsabsprachen dar.<sup>319</sup>

### III. Bewertung der Befunde und Zwischenergebnis

#### 1. Gemeinsame Interessen als Leitmotiv

Das oftmals ausgeprägte persönliche Verhältnis der Gesellschafter untereinander spiegelt sich häufig in der Ausgestaltung der GmbH wider. Die Rechte und Pflichten der Gesellschafter werden in der Satzung und der Gesellschaftervereinbarung in Abhängigkeit des persönlichen und beruflichen Verhältnisses der Gesellschafter zueinander ausgestaltet.<sup>320</sup> Danach sind die Rechtsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern und gegenüber der Gesellschaft von der Beschaffenheit der Beziehung im Innenverhältnis geprägt: Insbesondere persönliche Bekanntschaften, Vertrauen und Zusammenarbeit finden Ausdruck in einer personalistischen Struktur der Gesellschaft.

Dies wirft die Frage auf, ob die persönliche Beziehung der Gesellschafter nicht lediglich die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse beeinflusst, sondern die Ge-

---

<sup>316</sup> Dabei haben diese nur ausnahmsweise einen korporativen Bezug, so etwa bei Gesellschaftervereinbarungen aller Gesellschafter, vorherrschende Auffassung; vgl. BGH, NJW 1983, 1910; 1987, 1890, 1890 ff.; OLGR Karlsruhe 1999, 358; OLG Hamm, GmbHR 2000, 673, 674; sowie in der Literatur, siehe dafür bei Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 47, Rn. 53 m.w.N. dort in Fußn. 4; zur Gegenmeinung Ulmer in: FS Röhrich, 633, 633 ff.

<sup>317</sup> Vgl. § 8 GmbHG.

<sup>318</sup> Vgl. BGH, NZG 2013, 220, 221.

<sup>319</sup> Siehe dazu eingehend etwa BeckOK/Trölitzsch, Gesellschaftervereinbarungen, Rn. 4.

<sup>320</sup> So auch abstrakt Hallstein, Zeitschrift f. ausl. u. int. Privatrecht 1938/1939, 351, 449: „Bei der gegenseitigen Bedingtheit aller Rechtsfolgen eines Gesellschaftsverhältnisses hat die Einführung stärker personengesellschaftlich geformter Elemente in den Aufbau einer Gesellschaft Rückwirkungen auch in allen anderen Bereichen der gesellschaftlichen Ordnung“.



sellschafter ihr sogar mehr Gewicht beimessen als der Mitgliedschaft im gesellschaftsrechtlichen Sinn?<sup>321</sup> Entscheidend ist zunächst, dass die Beteiligung an einer GmbH für den einzelnen oftmals mehr umfasst, als eine bloße Vermögensbeteiligung. GmbH-Gesellschafter beteiligen sich häufig durch die Mitarbeit in der Gesellschaft, insbesondere an der Geschäftsführung sowie am operativen Geschäft des Unternehmens. Ungeachtet der konkreten Motivation des Gesellschafters im Einzelfall, ist die GmbH häufig gerade das Instrument der Verfolgung jener zugrundeliegenden Interessen. Danach steht nicht die Gesellschaft als solche im Vordergrund bei den Beteiligten, sondern die jeweilige zugrundeliegende Bestrebung, derentwegen sich der Gesellschafterkreis überhaupt rechtlich unter dem Schirm einer „GmbH“ versammelt.<sup>322</sup> In vielen Fällen begründet eine bestehende Zusammenarbeit das Fundament für die Gesellschaft oder die geplante Zusammenarbeit motiviert zum korporativen Zusammenschluss. Demgegenüber zeigt die Satzungspraxis mit ihren häufigen Bestimmungen zur Wahrung des Gesellschafterkreises, dass personelle Veränderungen die Einziehung des Gesellschaftsanteils oder theoretisch die Beendigung der Gesellschaft zur Folge haben sollen.<sup>323</sup> Die Erreichung des festgelegten Gesellschaftszwecks um jeden Preis wird demnach regelmäßig abgelehnt. Steht die gemeinsame Zusammenarbeit oder schon bestehende Unternehmung im Mittelpunkt, begründet diese regelmäßig den *gemeinsamen* Gesellschaftszweck. In vielen Fällen wird eine GmbH gerade zur Verfolgung gemeinsamer Interessen gegründet. Die Gesellschaftszugehörigkeit ist demnach eine Reaktion auf die aufeinander ausgerichteten Interessen beziehungsweise stellt eine Folge des persönlichen Verhältnisses dar. Konsequenterweise stellt sich dann die Mitgliedschaft in der GmbH gewissermaßen als unvermeidbare gesellschaftsrechtliche Folge der Entscheidung dar, die gemeinsamen Interessen in eine Rechtsform zu gießen.

## 2. Kongruenz von Arbeitsplatz und Gesellschafterstellung

Weiterhin hat die Mitarbeit in der Gesellschaft und die Zusammenarbeit der Gesellschafter zur Folge, dass in diesen Fällen eine Kongruenz zwischen Gesellschafterstellung und Arbeitsplatz oder zumindest einer beruflichen Tätigkeit vorliegt. Für den einzelnen Gesellschafter folgt aus der Mitarbeit in einer GmbH

---

<sup>321</sup> Vgl. Michalski/*Michalski*, GmbHG, Einl, Rn. 7, der diese Feststellung quasi am Rande trifft.

<sup>322</sup> Vgl. eingehend „Teil 2.B.II.1.c.aa.“.

<sup>323</sup> Vgl. vorstehend „Teil 2 B.II.1.c.aa, 3.a.“ mit Nachweisen.

häufig, dass die zugrundeliegende Mitgliedschaft in der Gesellschaft einen erheblichen Stellenwert erlangt, der weitaus größer ist als bei einer reinen Vermögensbeteiligung. Beachtlich ist die Vertragspraxis der GmbH, wonach die Anstellung vertraglich dem Verbleib des Geschäftsführers in seinem Amt, sowie darüber hinaus der Gesellschafter in der Gesellschaft gekoppelt ist. Folglich wird die Kongruenz zwischen Gesellschafterstellung und Arbeitsplatz vertraglich manifestiert. Daraus wiederum folgt, dass das Schicksal der Gesellschafterstellung auch Auswirkungen auf die Mitarbeit und somit letztendlich die Arbeitsweise des Unternehmens hat.

### 3. Flexibilität schafft Abhängigkeiten

Daneben kommt dem Kernelement des GmbH-Rechts, die Satzungshoheit, grundlegende Bedeutung zu. Der gesetzgeberisch angelegte flexible Rahmen erlaubt eine weitreichende privatautonome Gestaltung. Die Verantwortung der näheren Ausgestaltung der Gesellschaft wird auf die Gesellschafter verlagert. Dieser Spielraum wird in der Praxis voll ausgeschöpft und bringt ein breites Spektrum von individuell angepassten GmbH hervor. Die Satzungen und Gesellschaftervereinbarungen spiegeln dabei die Vorstellungen und Bedürfnisse der Gesellschafter wider, welche häufig aufeinander abgestimmt sind und einander ergänzen. Weiterhin zeigt die Praxis, dass die Satzungshoheit die wesentliche Stellschraube auch bei der Anpassung der gesellschaftlichen Organisation an veränderte externe Begebenheiten oder aktualisierte interne Bedürfnisse ist. Die Beurteilung von Satzungsregelungen oder Gesellschafterregelungen darf demnach nicht ohne den Blick auf das jeweils andere Regelungsinstrument erfolgen, da die Gesellschafter das durch die Mitgliedschaft begründete interne Rechtsverhältnis hinsichtlich der Rechte und Pflichten erst ausgestalten.<sup>324</sup> Rechte korrelieren stets mit erforderlichen Pflichten, weshalb ein Mehr an Rechten auch die Pflichten nicht außer Acht lassen darf.

Bei der Betrachtung der Regelungen der Satzungen und der Gesellschaftervereinbarungen ist es wichtig, die unterschiedlichen Rechtsfolgen im Blick zu haben, wonach die Gesellschaftervereinbarungen, anders als die Satzung, nur relative Wirkung haben und folglich nicht alle Gesellschafter gleichermaßen binden. Danach sollten auch die individuellen Regelungen innerhalb einer Gesellschaft nicht nivelliert werden. Somit führt die Disponibilität des GmbH-Rechts zu einer

---

<sup>324</sup> Vgl. Scholz/H.P. Westermann, GmbHG, Einl. Rn. 7; vgl. auch zur Mitgliedschaft als solche detailliert K. Schmidt, ZGR 2011, 108, 113 ff.

Abhängigkeit von den geschaffenen Regelungen. Ein indisponibles Regelungskorsett, etwa das Aktienrecht, enthält eine schlüssige Mechanik und weitestgehend abschließende und umfassende Regelungen. Dagegen kann ein privatautonom geschaffenes, zunächst austariertes Regelungsregime aus dem Gleichgewicht geraten, wenn durch einen Eingriff von außen bestimmte Regelungen ins Leere laufen.

#### 4. Komplexität der Willensbildung und unternehmerische Handlungsfähigkeit

Betrachtet man den Entscheidungsfindungs- und Willensbildungsprozess in der GmbH, wird die Bedeutung der beiden Regelungsinstrumente, Satzung und Gesellschaftervereinbarung, erneut deutlich. Die Kompetenzverteilung der Gesellschafter und übrigen Organe wird geregelt und mit entsprechenden Rechten und Pflichten im Innenverhältnis verknüpft.

Es bedarf keiner besonderen Begründung, dass wesentlichen Entscheidungen in einer auf Dauer angelegten und von vielen Interessen geprägten Gemeinschaft wie einer GmbH, regelmäßig ein schwieriger Entscheidungsfindungsprozess auch im tatsächlichen Sinne vorausgeht. Dieser mündet dann in der gesellschaftsrechtlichen Willensbildung, die ihrerseits wieder durch die Satzung und die Gesellschaftervereinbarung ausgeformt sein kann. Zunächst ist offensichtlich, dass die Entscheidung eines einzelnen Gesellschafters von vielen „Kräften“<sup>325</sup> beeinflusst ist. Wichtig ist zudem mit Blick auf die Gesellschafter, dass schon die tatsächliche Entscheidungsfindung häufig einen Ausgleich der unterschiedlichen oder gar widerstreitenden Interessen innerhalb der Gesellschaft darstellt. Dabei sind persönliche Absprachen, frühere ähnlich gelagerte Fälle oder aber ein Ausgleich für eine zuvor zugunsten eines Gesellschafters getroffene Entscheidung schwer messbar. Im Ergebnis stellt daher die Entscheidungsfindung häufig einen Kompromiss dar.<sup>326</sup> Bei der Umsetzung dieser Entscheidungen im Sinne der eigentlichen gesellschaftsrechtlichen Willensbildung ist wiederum die Kompetenzverteilung maßgeblich. Es besteht ein enger Zusammenhang zwischen der vertraglich vorgesehenen Kompetenzverteilung und der tatsächlichen Einflussnahme der Gesellschafter. Ihrerseits sind nahezu sämtliche Entscheidungen im Unternehmen als interdependent anzusehen, sodass sowohl die Entscheidungsfindung von weiteren Punkten beeinflusst ist, als auch die

---

<sup>325</sup> *Dürr*, Nebenabreden im Gesellschaftsrecht, S. 33 ff.

<sup>326</sup> Vgl. im Ergebnis *Michalski/Lieder*, GmbHG, § 13, Rn. 132.

Entscheidung wiederum andere Bereiche und Abläufe und spätere Beschlüsse beeinflussen kann. Ausgehend von den vertraglichen Regelungen besteht ein Gleichgewicht an Rechten und Pflichten. Entscheidungen sind als solche häufig ihrerseits Folge vorangegangener Entscheidungen, weshalb zeitliche und sachliche Kausalitäten zugrunde liegen. Grundlegend wird deutlich, dass im Bereich der Ausgestaltung der GmbH und deren Willensbildung vielerorts Interdependenzen bestehen. Im Zusammenspiel von persönlichen Beziehungen, vielseitigen Interessen sowie der grundlegenden Ausgestaltung der eigenen Gesellschaft kann eine gesonderte Betrachtung eines einzelnen Merkmals nur mit Blick auf die Auswirkungen auf andere Prozesse in der Gesellschaft erfolgen.

Nichtsdestotrotz setzt die Willensbildung im Unternehmen in vielen Bereichen eine schnelle Handlungsfähigkeit voraus. Dies erfordert einerseits eine gegenüber äußeren Einflüssen abgeschottete Entscheidungsfindung. Andererseits bedarf dies gleichermaßen einer funktionalen Willensbildung im Innenverhältnis. Die dafür erforderliche gestalterische Trennung zwischen Bereichen der Geschäftsführung und der Gesellschafterversammlung wird regelmäßig dort verlaufen, wo Grundlagen der Gesellschaft oder ihrer Ausrichtung betroffen sind. Aber auch im Bereich dieser Beschlüsse können sich unternehmerische Fragen stellen. Diese zeichnen sich grundsätzlich durch ein Prognoseelement aus. Bei der Beschlussfassung in diesem Bereich der Willensbildung drohen daher Spannungen sowohl mit Blick auf das Außen-, als auch auf das Innenverhältnis<sup>327</sup>.

---

<sup>327</sup> Dazu eingehend nachstehend unter „Teil 3 B.I.1., 3.“.



## Teil 3 Rechtsprobleme bei der Rechtsdurchsetzung an der Schnittstelle zum GmbH-Recht

Teil 3 soll die Berührungspunkte und die bestehenden Rechtsprobleme bei der Rechtsdurchsetzung zum GmbH-Recht ausleuchten.

### A. Problemkreis: Die Vollstreckung in den Geschäftsanteil

Den ersten Problemkreis stellt die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil eines Gesellschafters dar. Mit Blick auf die juristische Literatur erscheint dieser wohl am ausgiebigsten diskutierte Fall mithin als „Klassiker“.<sup>328</sup> Dabei stellt sich eine Reihe von Fragestellungen. Entsprechend der Zweistufigkeit der Anteilspfändung durch die Sicherung der Forderung durch den Pfändungsbeschluss im Sinne des § 829 ZPO und der anschließenden Verwertung gemäß § 844 ZPO, wird das Verfahren der Pfändung sowie die Verwertung getrennt dargestellt.

#### I. Das Verfahren

Die Geschäftsanteile an einer GmbH sind gemäß § 15 Abs. 1 GmbHG grundsätzlich frei übertragbar<sup>329</sup> und demnach pfändbar.<sup>330</sup> Die Vollstreckung in den Geschäftsanteil eines Gesellschafters, wird nach den Bestimmungen über die Pfändung eines anderen Vermögensrechts im Sinne des § 857 Abs. 1 ZPO beurteilt.<sup>331</sup> Dieser normiert, dass sich die Zwangsvollstreckung nach den Regelungen über die Vollstreckung von Geldforderungen richtet, §§ 829 ff. ZPO.

---

<sup>328</sup> Siehe etwa schon *Seydel*, GmbHR 1950, 135 ff.; *Fischer*, GmbHR 1961, 21 ff.; *Pfaff*, GmbHR 1964, 92 ff.; *Noack*, DB 1969, 471 ff.; *Bokelmann*, BB 1970, 1235 ff.; *Behr*, JurBüro 1995, 286 ff.; *Heuer*, ZIP 1998, 405 ff.; *Roth*, ZGR 2000, 187, 212 ff.; monografisch: *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, *Kranz*, Der GmbH-Anteil in Pfändung und Insolvenz, und *Weßling*, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile.

<sup>329</sup> Vgl. § 15 Abs. 1 GmbHG, „veräußerlich und vererblich“.

<sup>330</sup> Vgl. nur *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 1612. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob die Veräußerlichkeit durch den Gesellschaftsvertrag eingeschränkt ist, siehe „Teil 2 B.3.a.bb“.

<sup>331</sup> Unstreitig siehe nur BGHZ 104, 351, 353; BGHZ 65, 24, 24; *Roth*, ZGR 2000, 187, 212, *Zöller/Stöber*, ZPO § 859, Rn. 13; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 15, Rn. 83.

## 1. Darstellung

Vermögensrechte im Sinne der Norm des § 857 Abs. 1 ZPO sind Rechte aller Art, die einen Vermögenswert derart verkörpern, dass die Pfandverwertung zur Befriedigung des Geldanspruchs des Gläubigers führen kann.<sup>332</sup> Weiterhin müssen diese Vermögensrechte selbstständig sein.<sup>333</sup> Der GmbH-Geschäftsanteil stellt ein solches selbstständiges Vermögensrecht dar.<sup>334</sup> Sofern der Wert der Forderung den Anteil übersteigt, kommt aufgrund der Teilbarkeit des GmbH-Geschäftsanteils<sup>335</sup> auch eine Teilpfändung in Betracht.<sup>336</sup>

Grundsätzlich kann eine Pfändung ausgeschlossen sein. Maßgeblich sind dafür insbesondere die §§ 811, 850 ff., 851 ZPO oder einzelne Regelungen in Sondergesetzen.<sup>337</sup> Die Pfändung ist nach den allgemeinen Regeln gemäß § 851 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen, wenn die Forderung nicht nach den §§ 398 ff. BGB übertragbar ist und dies nicht lediglich auf einer Parteivereinbarung beruht (vgl. § 851 Abs. 2 ZPO). Die Pfändbarkeit eines GmbH-Anteils entfällt nach vorherrschender Auffassung dagegen nicht durch die sogenannte Vinkulierung der Anteile.<sup>338</sup> Dies ergibt sich aus dem Umkehrschluss aus § 851 Abs. 2 ZPO.<sup>339</sup> Insofern macht § 851 Abs. 2 ZPO eine Ausnahme von der im Übrigen geltenden Verknüpfung von Übertragbarkeit und Pfändbarkeit gemäß § 851 Abs. 1 ZPO und erfasst sämtliche Gegenstände, die der Pfändung unterworfen sind.<sup>340</sup>

---

<sup>332</sup> BGH, Rpfleger 2009, 90, 91; Schuschke/Walker/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, § 857, Rn. 2.

<sup>333</sup> An dieser Selbstständigkeit fehlt es etwa bei akzessorischen Rechten oder Befugnissen als Ausfluss einer Rechtsstellung, etwa dem Einziehungsrecht im Rahmen eines Pfändungs- und Überweisungsbeschluss, Prütting/Gehrlein/Ahrens, ZPO, § 857, Rn. 11. Auch akzessorischen Gestaltungsrechten und die Verwirklichung eines Rechts begleitenden Berechtigungen fehlt die Selbstständigkeit im Sinne der Norm. Pfändbar sind allerdings die Ansprüche, die jemandem auf Grund der Ausübung eines Gestaltungsrechts zustehen. Hinsichtlich der selbstständigen Gestaltungsrechte kommt es auf den Einzelfall an, Vgl. bei Schuschke/Walker/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, § 857, Rn. 6: Zutreffend etwa bei Anspruch aus § 749 BGB auf Aufhebung der Gemeinschaft sowie auf Teilung und Auszahlung.

<sup>334</sup> Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 15, Rn. 60; HK-ZV/Koch, § 857, Rn. 3; Schuschke/Walker/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, § 857, Rn. 38 m.w.N.

<sup>335</sup> Vgl. § 46 Nr. 4 GmbHG.

<sup>336</sup> Die Teilung erfolgt mit der Veräußerung des Anteils, Stöber, Forderungspfändung, Rn. 1615.

<sup>337</sup> Siehe zur Ausgestaltung des Schuldnerschutzes „Teil 2 A.I.4.a.“.

<sup>338</sup> Siehe die Nachweise unter Fußn. 306.

<sup>339</sup> BGHZ 32, 151, 155; HK-ZV/Koch, § 857, Rn. 3.

<sup>340</sup> Vgl. MüKo/ZPO/Smid, § 851, Rn. 15.

Die Pfändung richtet sich gemäß dem Verweis in § 857 ZPO nach den Vorschriften der Vollstreckung von Geldforderungen gemäß den §§ 829 ff. ZPO. Es wird ein Pfändungsbeschluss erlassen. Dieser beschlagnahmt die Forderung und begründet ein Pfändungspfandrecht des Gläubigers, mit dem Zweck diese sicherzustellen. Der Pfändungsbeschluss beinhaltet einerseits das Inhibitorium, also das Gebot an den Schuldner nicht über die Forderung zu verfügen, § 829 Abs. 1 S. 2 ZPO. Andererseits spricht das ebenfalls beinhaltete Arrestatorium ein Verbot an vorhandene Drittschuldner aus, an den Schuldner zu leisten, § 829 Abs. 1 S. 1 ZPO. Danach besteht eine typische Dreieckskonstellation, in der der Vollstreckungsgläubiger sich aus einer Forderung befriedigen will, die dem Vollstreckungsschuldner wiederum gegen einen anderen (den eigentlichen Schuldner im Sinne des § 241 Abs. 1 BGB) zusteht. Insofern normiert § 829 Abs. 3 ZPO das Erfordernis, dem Drittschuldner den Pfändungsbeschluss zuzustellen, um die Pfändung wirksam werden zu lassen. Die Drittschuldnereneigenschaft bestimmt sich dabei nach materiellem Recht.<sup>341</sup> In der Folge treffen den Drittschuldner das genannte Zahlungsverbot sowie unter den Voraussetzungen des § 840 ZPO eine Erklärungspflicht.<sup>342</sup> Letztlich besteht zudem das Risiko einer mehrfachen Inanspruchnahme.<sup>343</sup> Sofern ein Drittschuldner im Bereich der Vollstreckung in andere Vermögensrechte nicht vorhaben ist,<sup>344</sup> bestimmt § 857 Abs. 2 ZPO, dass eine Pfändung schon mit der Zustellung an den Schuldner wirksam wird nicht vorhanden ist.<sup>345</sup>

---

<sup>341</sup> Vgl. nur bei Prütting/Gehrlein/Ahrens, ZPO, § 829, Rn. 44, indem eine Rechtsbeziehung zwischen Schuldner und Drittschuldner besteht, aus der die künftige Forderung nach Art und der Person des Drittschuldners bestimmen kann, BGH NJW 2003, 3774, 3775; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 829, Rn. 5.

<sup>342</sup> Dabei hat der Drittschuldner dem Gläubiger auf dessen Verlangen eine Reihe von Auskünften zu geben, § 840 Abs. 1 ZPO. Diese sind entsprechend des Zwecks der Norm eine funktionsfähige Forderungsvollstreckung zu gewährleisten, weit auszulegen, vgl. BGH NJW 1999, 2276, 2278 und gehen etwaigen Geheimhaltungspflichten vor, vgl. Prütting/Gehrlein/Ahrens, ZPO, § 840, Rn. 11.

<sup>343</sup> MüKo/ZPO/Smid, § 829, Rn. 59 m.w.N.

<sup>344</sup> Dabei ist der Begriff des Drittschuldners anerkanntermaßen weiter zu verstehen als im Rahmen des § 829 Abs. 2, 3 ZPO und erfasst hier auch Personen, die an einem zu pfändenden Recht nur irgendwie beteiligt sind, BGH NJW 68, 493, 495; Prütting/Gehrlein/Ahrens, ZPO, § 857, Rn. 18.

<sup>345</sup> Es erscheint indes nicht zwingend, dass dies eine „Ausnahme“ darstellt, so wie *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 98, diese bezeichnet. Denn soweit es sich um ein sogenanntes drittschuldnerloses Recht handelt, fehlt es gerade an einem Drittschuldner, an den eine Zustellung nach § 829 Abs. 3 ZPO *ausnahmsweise* nicht erforderlich wäre. Vielmehr dürften solche Rechte dann per se eine vom Leitbild des § 829 ZPO abweichen.



## 2. Zur Drittschuldner-eigenschaft der GmbH

Die korrekte Bestimmung des Drittschuldners ist somit letztlich Wirksamkeitsvoraussetzung der Pfändung. In den von § 829 ZPO erfassten Fällen der (Geld-)Forderungspfändung ist zumeist unschwer auszumachen, *ob* und *wer* als Schuldner des Vollstreckungsschuldners der Drittschuldner ist. Dies erscheint dagegen in Fällen der Pfändung eines GmbH-Geschäftsanteils problematischer. Nimmt man die Drittschuldner-Stellung der GmbH an, so wäre die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an die Gesellschaft gemäß § 829 Abs. 3 ZPO grundsätzlich eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Pfändung.<sup>346</sup> Darüber hinaus hätte die Drittschuldner-eigenschaft zur Folge, dass zwischen der GmbH und dem Gläubiger ein Rechtsverhältnis entstehen würde.<sup>347</sup>

Die Stellung der GmbH als Drittschuldner wurde früher überwiegend abgelehnt.<sup>348</sup> Dies wurde ursprünglich darauf zurückgeführt, dass zwar nach § 857 ZPO die Vorschriften der Forderungspfändung auch im Bereich der Vollstreckung in den GmbH-Geschäftsanteil anzuwenden sind, der Gesellschafter (als Schuldner) jedoch nicht seinerseits Forderungsinhaber gegen die GmbH sei.<sup>349</sup> Sofern man eine Zustellung demnach nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung angesehen hat, stellte sich die Folgeproblematik, ob der Gesellschaft jedenfalls eine Anzeige zu machen war (analog) § 16 Abs. 1 GmbHG a.F.<sup>350</sup> Mit der im Zuge des MoMiG aufgenommenen Pflicht, Veränderungen im Gesellschafterkreis in der Gesellschafterliste ins Handelsregister einzutragen, hat sich dieses Randgefecht jedoch endgültig erledigt.<sup>351</sup>

Die ablehnende Auffassung entspricht jedoch nicht mehr der heutzutage grundsätzlich anerkannten, weiteren Auslegung des Drittschuldnerbegriffs: Das Anteilsrecht des Schuldners bestehe gerade am Vermögen der GmbH, welche in

---

<sup>346</sup> Vgl. *Schuler*, NJW 1960, 1423, 1423.

<sup>347</sup> *Weßling*, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 21 f.; vgl. etwa die Pflichten aus § 840 ZPO.

<sup>348</sup> RGZ 57, 414, 415; OLG Hamm, GmbHR 1916, 65, 67; *Schuler*, NJW 1960, 1423, 1423; *Noack*, DB 1968 471, 471 ff.; *Hachenburg/Schilling/Zutt*, GmbHG, Anh. § 15, Rn. 78.

<sup>349</sup> RGZ 57, 414, 415.

<sup>350</sup> § 16 Abs. 1 GmbHG a.F.: „Der Gesellschaft gegenüber gilt im Fall der Veräußerung des Geschäftsanteils nur derjenige als Erwerber, dessen Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet ist“.

<sup>351</sup> Im Wesentlichen ging es vormals um die Frage, ob schon die Pfändung, obgleich sie noch keinen Gesellschafterwechsel zur Folge hat, die Rechtsstellung der GmbH in dem Maße beeinträchtigt, dass eine Anzeige im Sinne des § 16 Abs. 1 GmbHG a.F. erforderlich sei, vgl. zum Streit bei *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 104 f.

ihrer Rechtsstellung betroffen wird.<sup>352</sup> Daher wird nunmehr allgemein angenommen,<sup>353</sup> dass die GmbH als Drittschuldner anzusehen sei und ihr deshalb der Pfändungsbeschluss zuzustellen ist. Ernstliche dogmatische Zweifel bestehen daran nicht mehr.<sup>354</sup>

## II. Das Pfändungspfandrecht

### 1. Darstellung

Neben der Beschlagnahme der Forderung entsteht mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses ein Pfändungspfandrecht zugunsten des Gläubigers an dem GmbH-Geschäftsanteil, vgl. §§ 857 Abs. 1, 804 ZPO.<sup>355</sup> Die Beschlagnahme (auch als „Verstrickung“) soll die Forderung beziehungsweise den Vermögenswert zur Befriedigung der Gläubigerinteressen sichern. Zum Zwecke dieser Sicherstellung sind grundsätzlich auch die Surrogate des Anteils erfasst, die dem Schuldner zustünden.<sup>356</sup> Dafür wird dem Schuldner die Verfügungsbefugnis entzogen. Grundsätzlich werden all diejenigen Verfügungen erfasst, die das Pfändungspfandrecht und die daraus folgende rechtliche Stellung des Gläubigers beeinträchtigen würden.<sup>357</sup> Diese Verfügungen bedürften dem Grunde nach der Zustimmung des Gläubigers, um diesem gegenüber Wirksamkeit zu entfalten. Rich-

---

<sup>352</sup> Darüber hinaus erstreckt sich die Pfändung auch auf das Auseinandersetzungsguthaben und möglicherweise auch auf die Gewinnansprüche des Gesellschafters, so bei *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 1613; ob auch der Gewinnanspruch miterfasst ist siehe „Teil 3 A.I.2.b.“.

<sup>353</sup> Vgl. BGHZ 49, 197, 204; Siehe schon unmittelbar als Reaktion in der Literatur *Fischer*, GmbHR 1961, 21, 21 f.; *Pfaff*, GmbHR 1964, 92, 92; *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 1613; *Zöller/Stöber*, ZPO, § 857, Rn. 13; *MüKo/ZPO/Smid*, § 859, Rn. 28; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckung, Rn. 797; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, § 857 Rn. 4; *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 195, *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 15, Rn. 37; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner*, GmbHG, § 15, Rn. 150.

<sup>354</sup> Siehe für eine entsprechende Darstellung des Meinungsstands mit dem Für und Wider bei *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 98 ff. sowie – größtenteils darauf aufbauend – *Weßling*, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 21 f.

<sup>355</sup> Die streitige Rechtsnatur eines Pfändungspfandrechts soll unbeachtet bleiben, siehe dafür etwa *Zöller/Stöber*, ZPO, § 804, Rn. 2 m.w.N.

<sup>356</sup> Vgl. *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 1623, dazu gehören die Liquidationsquote bei Auseinandersetzung (§ 72 GmbHG); der Überschuss aus dem Verkauf des gemäß § 27 Abs. 2 GmbHG abandonierten Anteils; ein Einziehungsentgelt, vgl. dazu „Teil 2 B.II.3.a.bb.“, sowie die Stammeinlagenrückzahlung bei einer Kapitalherabsetzung, dazu sogleich „Teil 3 A.II.2.a.cc.“.

<sup>357</sup> Vgl. §§ 135, 136 BGB; *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 559.

tigerweise wird das Verfügungsverbot des Schuldners aus der Beschlagnahme gemäß den §§ 857 Abs. 1, 829 Abs. 1 S. 2 ZPO demnach erst durch den bestimmten Umfang des Pfändungspfandrechts definiert.

## 2. Rechtsfragen

Der Umfang des Pfändungspfandrechts ist in verschiedener Hinsicht problematisch.<sup>358</sup> Zunächst stellt sich die Frage, welche Reichweite das Verfügungsverbot hat und welche Verfügungen oder Maßnahmen in der Zeit bis zur Verwertung dem Schuldner-Gesellschafter untersagt sind. Fraglich ist überdies, ob die Pfändung den anteiligen Gewinn erfasst und welche Ansprüche ihm gegen die Gesellschaft zustehen.

### a. Der Umfang der Pfändung: Die Reichweite des Verfügungsverbots

Nach den dargestellten Grundsätzen wären dem Schuldner (nur) jene Verfügungen oder Maßnahmen untersagt, die den Gläubiger rechtlich beeinträchtigen.<sup>359</sup> Gleichwohl ist die Reichweite des Verfügungsverbots Gegenstand von Diskussionen. Zunächst ist festzustellen, dass die Bestimmung der Reichweite des Verfügungsverbots eine gesonderte Betrachtung der einzelnen in Betracht kommenden Verwertungsmöglichkeiten und Rechte des Schuldners erforderlich macht.<sup>360</sup>

#### aa. Diskutierte Fallgruppen von Verfügungen

Ausweislich des weiten Wortlauts des § 829 Abs. 1 S. 2 ZPO trifft den Schuldner ein umfassendes Verbot sich jedweder Verfügung zu enthalten. Insoweit nimmt

---

<sup>358</sup> Die Frage inwieweit der Wert des Geschäftsanteils bzw. des zu pfändenden Teils eines Geschäftsanteils auch tatsächlich der Forderung entspricht ist allerdings *keine* Frage des Umfangs des Pfändungspfandrechts. Die Frage der *Anteilsbewertung*, ob der Wert des Anteils der titulierten Forderung entspricht, stellt sich erst bei der *-Verwertung*, dazu „Teil 3 A.II.3.b.“.

<sup>359</sup> Vgl. §§ 857 Abs. 2, 829 Abs. 1 S. 2 ZPO, bzw. für vertraglich begründete nach § 1276 BGB.

<sup>360</sup> In diesem Zusammenhang wird kontrovers beurteilt, ob und inwieweit die Grundsätze über die Forderungspfändung und das Verfügungsverbot nach § 1276 BGB auf die Anteilspfändung übertragen werden können: Hachenburg/*Schilling/Zutt*, GmbHG, § 15, Rn. 81, stellen den sozialrechtlichen Charakter dieser mitgliedschaftlichen Rechte in den Vordergrund, weshalb die Grundsätze auf Akte der körperschaftlichen Willensbildung nicht übertragen werden sollten; Heuer, ZIP 1998, 405, 408 lehnt lediglich die „unreflektierte Übernahme“ dieser Grundsätze ab; Kalbfleisch, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 67 ff. will eine Ausdehnung der Grundsätze zulassen, sofern die Interessen des Gläubigers dies erfordern und keine überwiegenden Interessen der Mitgesellschafter und Gesellschaft betroffen sind.

man allerdings überzeugend eine einschränkende Anwendung der Norm dahingehend an, dass ausschließlich *beeinträchtigende* Verfügungen erfasst seien.<sup>361</sup> Zunächst können Verfügungen über den gepfändeten Geschäftsanteil im Wege der *Abtretung* den Gläubiger beeinträchtigen. Nach den allgemeinen Grundsätzen ist allerdings zweifelhaft, ob die Abtretung einer Forderung überhaupt eine Beeinträchtigung darstellen kann,<sup>362</sup> da das Pfandrecht fortbesteht und Wirkungen nunmehr gegenüber dem Abtretungsempfänger entfalten. Übertragen auf die Fälle der Pfändung eines GmbH-Geschäftsanteils ergibt sich mit der herrschenden Meinung<sup>363</sup> keine abweichende Bewertung: Das Pfändungspfandrecht des Gläubigers besteht am Anteil fort, denn ein gutgläubig lastenfreier Erwerb scheidet aus.<sup>364</sup> Denkbar ist eine Surrogation an einer etwaigen Abfindung des Gesellschafters, wenn eine Satzungsbestimmung zur Einziehung des Geschäftsanteils führt (vgl. § 34 Abs. 2 GmbHG).<sup>365</sup> Das Pfandrecht würde sich auf die sodann zu zahlende Abfindung erstrecken. Daher stellt sich in den Fällen, in denen eine Surrogation droht, die Problematik der Gläubigerbenachteiligung regelmäßig schon im Vorfeld. Entscheidend ist dann die angemessene Abfindungsvereinbarung in der statutarischen Einziehungsklausel.<sup>366</sup> Teilweise wird jedoch argumentiert, dass der neue „Vollstreckungsgegner“ als Gesellschafter seinerseits den Wert des Geschäftsanteils reduzieren könnte.<sup>367</sup> Diese Auffassung übersieht,

---

<sup>361</sup> Entsprechend dem Zweck des Gläubigerschutzes, vgl. §§ 135, 136 BGB, Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 197; MüKo/ZPO/*Smid*, § 829, Rn. 49; Zöller/*Stöber*, ZPO, § 829, Rn. 18.

<sup>362</sup> Im Bereich der gewöhnlichen Forderungspfändung argumentierten schon RGZ 73, 276, 278; *Tempel*, JuS 1967, 75, 79, dass ein gutgläubig lastenfreier Erwerb von Rechten nicht möglich ist und demnach eine Beeinträchtigung des Gläubigers ausscheidet.

<sup>363</sup> *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Geschäftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, S. 648; *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, S. 122; *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 69; *Michalski/Ebbing*, GmbHG, § 15, Rn. 240; MüKo/GmbHG/*Reichert/Weller*, § 15, Rn. 531; Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 197.

<sup>364</sup> § 16 Abs. 3 GmbHG schützt nur den guten Glauben an die Gesellschafterstellung, nicht auch die Lastenfreiheit, Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Görner*, GmbHG, § 15, Rn. 151.

<sup>365</sup> Die Pfändung eines GmbH-Geschäftsanteils als (häufig geregelter) Grund für dessen Einziehung, Vgl. BGHZ 65, 22, 24; ausführlich *Michalski*, ZIP 1991, 147 ff.

<sup>366</sup> Siehe noch „Teil 3 A.II.3.b.bb.(2)“; abweichendes könnte sich wohl nur in dem seltenen Fall ergeben, dass ein statutarisches Einziehungsrecht besteht, welches noch nicht ausgeübt wurde.

<sup>367</sup> Zum Beispiel durch die Einführung eines weitergehenden Pflichtenkatalogs im Sinne von § 53 Abs. 3 GmbHG, *Weßling*, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 93. Weiterhin führt *Weßling* allerdings auch die Zustimmung zur Einziehung nach § 34 Abs. 2 GmbHG als eine Maßnahme auf, die nicht vom Verfügungsverbot erfasst wäre. Dies erscheint nicht zwingend überzeugend, da diese Zustimmung ihrerseits immer dann einer dem

dass eine solche Möglichkeit grundsätzlich auch für den bisherigen Gesellschafter besteht.<sup>368</sup> Überdies wäre ein wertschmälerndes Verhalten ökonomisch irrational und daher unwahrscheinlich.

Dagegen beeinträchtigt die *freiwillige* Einziehung (§ 34 GmbHG) des betroffenen Anteils die Interessen des Gläubigers. Daher bedürfte eine Zustimmung des Schuldners zur Einziehung folglich zu ihrer Wirksamkeit gegenüber dem Gläubiger wiederum dessen Zustimmung.<sup>369</sup> Dies stellt keinen Widerspruch zur oben genannten *zwangsweisen* Einziehung dar. Das Verfügungsverbot der §§ 857 Abs. 1, 829 Abs. 1 S. 2 ZPO betrifft Verfügungen und verfügungsähnliche Maßnahmen des Schuldners aber nicht rechtsgestaltende Akte der Gesellschaft oder Mitgesellschafter.

Ebenso wird bezweifelt, ob der Schuldner das der Forderung zugrundeliegende Rechtsverhältnis (hier: die Mitgliedschaft in der Gesellschaft) selbst beseitigen darf.<sup>370</sup> Beispielsweise kann die Satzung einer GmbH ein *ordentliches* Kündigungsrecht für die Gesellschafter vorsehen (vgl. § 60 Abs. 2 GmbHG). Dieses auszuüben kann mithin als unzulässige Verfügung des Schuldners anzusehen sein.<sup>371</sup> Dagegen wird man ein *außerordentliches* Kündigungsrecht als elemen-

---

Gläubiger benachteiligen Verfügung gleichgestellt werden kann, wenn das Einziehungsentgelt unterhalb des im Übrigen zu realisierenden Wert des Anteils liegt.

<sup>368</sup> Mit Blick auf die praktisch häufig bestehenden besonderen personalistischen Strukturen in einer GmbH, scheint die Annahme eines möglicherweise wertschmälernden Verhaltens des „Neuen“ durchaus lebensnah. Allerdings kann es darauf nicht ankommen dürfen. Die Frage ob die konkrete Verfügung nachteilig ist, muss mit Blick auf die Verfügung beantwortet werden. Die Benachteiligung der Gläubigerinteressen durch eine Beeinträchtigung des Pfandrechts muss aus der Rechtsänderung selbst hervorgehen, vgl. abstrakt Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 192 a.E.

<sup>369</sup> Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 197; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 430 f.; *Michalski/Ebbing*, GmbHG, § 15, Rn. 240; *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 1620 a.E.; *Heuer*, ZIP 1998, 405, 409, es sei denn ein kollusives Zusammenwirken von Schuldner und Gesellschaft führe ohnehin zur sittenwidrigen Gläubigerschädigung, § 138 BGB; ausführlich bei *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 72 ff.

<sup>370</sup> Vgl. im Ergebnis *Heuer*, ZIP 1998, 405, 407; *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 562a, 1620; Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 197, mit der Differenzierung, dass ein außerordentliches Kündigungsrecht ausgeübt werden könne; so auch *Fischer*, GmbHR 1961, 21, 26 und wohl auch *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 430 f.

<sup>371</sup> Daher wird überwiegend ein Zustimmungsvorbehalt gefordert: *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 430; MüKo/*Reichert/Weller*, GmbHG, § 15, Rn. 297; *Schuler*, NJW 1960, 1423, 1426; *Heuer*, ZIP 1998, 405, 409, 413; *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 1620 a.E; dagegen OLG Hamm,

tares Recht des Gesellschafters in einer auf Dauer angelegten Gemeinschaft ansehen müssen, für das kein Zustimmungserfordernis bestehen kann.<sup>372</sup> *Wertenbruchs* sachlich richtiger Hinweis, dass eine Abfindung anstelle der gewöhnlichen Verwertung (nach § 844 ZPO oder als freie Veräußerung) nur dann überhaupt eine Benachteiligung des Gläubigers bedeute, sofern die Abfindung hinter dem Veräußerungserlös zurückbleibe, ist indes praktisch nicht zielführend.<sup>373</sup> Eine genaue Feststellung des zu erzielenden Erlöses lässt sich im Voraus kaum verlässlich treffen. Überzeugend erscheint hier die differenzierte Behandlung von *Scholz* der eine Zustimmung nur fordert, wenn die Satzung der Gesellschaft zur Einziehung des Anteils führt.<sup>374</sup> Dahingegen sei eine Kündigung unschädlich, wenn der Anteil gemäß den statutarischen Bestimmungen an einen Dritten oder Gesellschafter abgetreten wird; das Pfandrecht bleibt bestehen. Dies entspricht insofern den gefundenen Lösungen, dass eine Übertragung eines Anteils unschädlich ist, da das Pfändungspfandrecht fortbesteht. Demgegenüber würde eine freiwillige Einziehung die Position des Gläubigers beeinträchtigen, ihn mithin benachteiligen.

Gleichermaßen kann der Schuldner den gepfändeten Geschäftsanteil preisgeben.<sup>375</sup> Erst die in § 27 Abs. 2 S. 2 GmbHG vorgesehene *anderweitige Verwertung* des Anteils durch die Gesellschaft kann den Gläubiger beeinträchtigen. Daher ist für die erforderliche Zustimmung des Schuldners eine Mitwirkung des Gläubigers erforderlich.<sup>376</sup> Dem gegenüber lehnt *Kalbfleisch*, der zwar die Möglichkeit eines geringeren Erlöses anerkennt, einen Zustimmungsvorbehalt des

---

GmbHR 1971, 57, 59 f.; *Fischer*, GmbHR 1961, 27, 27; *Müller*, GmbHR 1969, 4, 7 f., da es für den Gläubiger nachteilig sein könne, wenn nicht wie gewöhnlich § 844 ZPO verwertet wird.

<sup>372</sup> Als „unverzichtbare“ Mitgliedschaftsrechte, vgl. bei MüKo/GmbHG/*Reichert/Weller*, § 15, Rn. 533 m.w.N.; i.E. *Michalski/Ebbing*, GmbHG, § 15, Rn. 240.

<sup>373</sup> *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, S. 656 f.

<sup>374</sup> *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 192.

<sup>375</sup> Sogenanntes Abandon, § 27 Abs. 1 GmbHG, wonach der Gesellschafter sich von einer Nachschusszahlung dadurch befreien kann, dass er seinen der Gesellschafter zur Verfügung stellt.

<sup>376</sup> *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 192; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 431; *Weßling*, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 94; i.E. soweit auch *Heuer*, ZIP 1998, 405, 409, der allerdings ohne weitere Begründung die Einschränkung vornimmt, der Gläubiger dürfe die Zustimmung nur verweigern, wenn er seinerseits den Schuldner nach § 267 Abs. 1 BGB von der Nachschusspflicht freistellt.

Gläubigers mit Verweis auf den höheren Rang eines Verwertungsrechts der Gesellschaft aus § 27 GmbHG jedoch ab.<sup>377</sup> Dies basiert allerdings auf der ungenauen Annahme, dass die Nachschusspflicht (die das Verwertungsrecht erst entstehen lässt) dem Verwertungsrecht des Pfandgläubigers zeitlich vorgeht. Dies wäre allenfalls für die Konstellationen denkbar, dass der Nachschuss durch Gesellschafterbeschluss vor der Zustellung des Pfändungsbeschlusses eingefordert wurde.<sup>378</sup> Auch eine teilweise geforderte Einschränkung,<sup>379</sup> dass der Gläubiger nur dann die Zustimmung verweigern dürfe, wenn er seinerseits den Schuldner von dessen Nachschusspflicht freistellt (vgl. § 267 Abs. 1 BGB), überzeugt nicht.

#### *bb. Diskutierte Formen zulässiger Stimmrechtsausübung*

Aus der Gesellschafterstellung ergeben sich grundsätzlich sowohl mitgliederschaftliche Vermögens- als auch Verwaltungsrechte. Zur letztgenannten Gruppe gehört insbesondere das Stimmrecht (§ 47 GmbHG).<sup>380</sup> Dieses verbleibt bis zur Verwertung des gepfändeten Anteils grundsätzlich beim Schuldner, soweit dieser noch Gesellschafter ist. Viel diskutiert ist die Frage, ob und wann Stimmrechtsausübungen durch den Schuldner-Gesellschafter zu einer (unzulässigen) Beeinträchtigung des Gläubigers führen. Parallel zu der vorstehenden Diskussion der Wirksamkeit von Verfügungen über den Anteil ließe sich argumentieren, dass dem Gläubiger ein Zustimmungsvorbehalt einzuräumen ist<sup>381</sup>.

Teilweise wird dem damit begegnet, faktisch einen Zustimmungsvorbehalt hinsichtlich des gesamten Gesellschafterbeschlusses zu fordern: Danach ließe sich § 1276 BGB entsprechend auch auf den Beschluss ausdehnen, indem entweder die benachteiligende Stimmabgabe des Schuldner-Gesellschafters, jedenfalls

---

<sup>377</sup> Das „Recht der Gesellschaft als das gegenüber einer Pfändung ältere und bessere Recht“, *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 71 f.

<sup>378</sup> Ohnehin besteht ein Verwertungsrecht nur in Höhe der Nachschusspflicht.

<sup>379</sup> *Heuer*, ZIP 1998, 405, 409.

<sup>380</sup> Für eine detaillierte Darstellung sämtlicher Rechte im Übrigen, siehe *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 19 ff.; Ob die Pfändung auch den Gewinnanspruch des Gesellschafters gemäß § 29 GmbHG erfasst soll vorliegend nicht als Frage der Reichweite des Verfügungsverbot, sondern unter dem Aspekt des Umfangs des (konkreten) Pfändungsumfangs „Teil 3 A.II.2.b.“ dargestellt werden.

<sup>381</sup> Stimmrechtsausübungen als „verfügungsähnliche Handlungen“, die den Gläubiger beeinträchtigen können. *Heuer*, ZIP 1998, 405, 409 unter Bezugnahme auf LG Gießen, MDR 1986, 155; *Schuler*, NJW 1960, 1423, 1428; *Schuschke/Walker/Schuschke*, Zwangsvollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, § 857, Rn. 40.

aber der dadurch zustande gekommene Beschluss unwirksam seien.<sup>382</sup> Eine solche überschießende Tendenz ist tunlichst abzulehnen, da der Gläubiger sonst mehr Rechte hätte als der Gesellschafter-Schuldner im Rahmen seiner mitglied-schaftlichen Stellung<sup>383</sup>. Man käme zu dem unhaltbaren Ergebnis, dass der Schutz der Pfändung (vgl. insoweit § 1276 BGB) weiter reicht, als das zu schüt-zende Pfandobjekt. Die ursprünglich als Schutz vor einer Beschneidung der Gläubigerposition konzipierte Norm würde umgekehrt zu einem eigenen, dessen Position stärkenden Instrument mutieren.

*Kalbfleisch* geht sogar noch einen Schritt weiter und kehrt die Vorzeichen um, indem er sogar eine positive Mitwirkungsbefugnis des Gläubigers einfordert.<sup>384</sup> Zwar erwägt er spiegelbildlich auch eine Ausdehnung der gesellschaftsrechtli-chen Treupflicht, allerdings würde dies zu einer kaum abgrenzbaren Anzahl an neuen Pflichten des Gläubigers führen. Weiterhin geht die Treupflicht (erst) aus der Gesellschafterstellung hervor, weshalb die Entkoppelung einen Systembruch bedeuten würde.<sup>385</sup> Daher nimmt die heute weit überwiegende Ansicht an, dass der Schuldner-Gesellschafter sein Stimmrecht grundsätzlich weiter ausüben kann.<sup>386</sup> Das Stimmrecht unterfalle nicht der inhibativen Wirkung der Pfändung. Eine Zustimmung des Gläubigers sei demnach nicht erforderlich. Dadurch lässt sich auch die im Einzelfall schwierige Bestimmung der Nachteiligkeit vermei-den. Weiterhin könnte die Kausalität zwischen der Stimmabgabe des Schuldner-gesellschafters und dem gefassten Beschluss bezweifelt werden. Ohnehin könnte das Verfügungsverbot der §§ 857 Abs. 1, 829 Abs. 1 S. 2 ZPO richtigerweise überhaupt nur die Mitwirkung an solchen Gesellschafterbeschlüssen erfassen, die eine Benachteiligung des Gläubigers nach sich ziehen können.<sup>387</sup>

---

<sup>382</sup> *Hackenbroch*, Die Verpfändung von Mitgliedschaftsrechten in OHG und KG an einen Privatgläubiger des Gesellschafters, S. 82

<sup>383</sup> Vgl. *Weßling*, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 80.

<sup>384</sup> *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 90.

<sup>385</sup> Siehe zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht eingehend nachstehend „Teil 3 B.II.1.a.“.

<sup>386</sup> BGHZ 104, 351, 354 f; OLG Hamburg DB 1982, 2344; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften; S. 426; *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, S. 653; *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 32.10; *Michalski/Ebbing*, GmbHG, § 15, Rn. 239; *MüKo/GmbHG/Reichert/Weller*, § 15, Rn. 532 ff.; *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 197; *Saenger/Inhester/Pfisterer*, GmbHG, § 15, Rn. 96.

<sup>387</sup> Daher sind insbesondere auch sittenwidrige Beschlüsse bei genauer Betrachtung nicht Gegenstand der eigentlichen Problematik. Denn mit der Anerkennung der Sittenwidrigkeit (§ 138 BGB) ist der Beschluss ohnehin nichtig, weshalb die Ausführungen bei *Weßling*, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 67 f. überflüssig werden.



Die oben gefundenen Ergebnisse lassen sich allerdings nicht ohne weiteres auf die Fälle des § 53 Abs. 3 GmbHG übertragen.<sup>388</sup> Sofern eine *Satzungsänderung* die Leistungen der Gesellschafter erweitert, steht jedem Gesellschafter ein *Zustimmungsrecht* zu. Darunter fallen insbesondere die Einführung satzungsmäßiger Pflichten beziehungsweise deren Erweiterung, nicht jedoch die Verkürzung von Mitgliedschaftsrechten.<sup>389</sup> Allerdings wird sich kein Gläubiger „ins eigene Fleisch schneiden“ und daher einen Schaden auch stets durch Zustimmung abwenden. Hier ist wiederum problematisch, dass dies oftmals eine Offenlegung der zugrundeliegenden wirtschaftlichen oder rechtlichen Umstände erfordert.<sup>390</sup> Eine Lösung lässt sich mit Blick auf die Wirkung des Verfügungsverbots der §§ 857 Abs. 1, 829 Abs. 1 S. 2 ZPO erreichen: Nur der Schuldner ist Adressat des Inhibitoriums. Verweigert man nun die Zustimmung des Schuldners zu einer Maßnahme im Sinne von § 53 Abs. 3 GmbHG, so installiert man faktisch ein Blockaderecht des Gläubigers, der den einstimmig zu fassenden Beschluss verhindern kann. Dies verzerrt außerdem systemwidrig das Zusammenspiel mit der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht, welche in Einzelfällen das Abstimmungsverhalten der Gesellschafter einer GmbH im Interesse der Gesellschaft beeinflussen kann.<sup>391</sup> Der Gläubiger ist schließlich nicht selbst Gesellschafter und demnach nicht treu-verpflichtet. Krasse Fälle lassen sich zudem über das Verbot sittenwidrigen Handlungen (§ 138 BGB) oder unter dem Aspekt kollusivem Verhaltens abfedern.

### *cc. (Kein) Sonderfall Strukturmaßnahmen*

In der Phase zwischen der Pfändung und der Verwertung des Geschäftsanteils können mitunter gesellschaftsrechtliche Strukturmaßnahmen<sup>392</sup> erforderlich oder

---

<sup>388</sup> Für ein Zustimmungserfordernis *Schuler*, NJW 1960, 1423, 1428; *Fischer*, GmbHR, 1961, 21, 26; *Roth*, ZGR 2000, 187, 217; *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 431; ausführlich bei *Weßling*, Die Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 87; MüKo/GmbHG/*Reichert/Weller*, § 15, Rn. 520, 297 ff; dagegen schon RGZ 139; 228 ff; *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 15, Rn. 50; *Roth/Altmeyen/Altmeyen*, GmbHG, § 15, Rn. 57.

<sup>389</sup> BGHZ 116, 359, 363; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus*, GmbHG, § 53, Rn. 68, 71, es sei denn, der Kernbereich der Mitgliedschaft ist berührt, Rn. 72.

<sup>390</sup> Zur Folgeproblematik des Zugriffs auf die mitgliedschaftlichen Informationsrechte des § 51a GmbHG eingehend nachstehend „Teil 3 A.III.2.“.

<sup>391</sup> Siehe zur gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht eingehend nachstehend „Teil 3 B.II.1.a.“.

<sup>392</sup> Dazu sollen hier Abänderungen des Statuts (vgl. §§ 53 ff. GmbHG), insbesondere Kapitalmaßnahmen gezählt werden. Grundsätzlich fallen auch Maßnahmen nach dem Umwandlungsgesetz unter den Begriff. Allerdings ist die Bedeutung für die GmbH relativ

gewünscht sein. Stets können sich aus solchen Maßnahmen (negative) Auswirkungen auf die Gesellschaftsstruktur, die Stellung der Gesellschafter oder – mittelbar – den Wert der Gesellschaft und ihrer Anteile ergeben. Insofern fragt es sich, welche Auswirkungen eine Pfändung auf die Zulässigkeit einer solchen Maßnahme haben kann. Dabei stellen *Rieder/Ziegler* diese Frage als *Sonderkonstellation* dar und beleuchten dafür ein „Meinungsspektrum zur Zulässigkeit gesellschaftsrechtlicher Strukturmaßnahmen“.<sup>393</sup> Allerdings ist es anerkannt, dass für die Frage der Beurteilung einer Benachteiligung eines Titelgläubigers gleichermaßen unmittelbare und mittelbare Beeinträchtigungen beachtlich sind.<sup>394</sup> Daraus folgt wiederum, dass es entsprechend der obigen Ausführungen im Ergebnis auf die Benachteiligung des Gläubigers ankommt und diese nach denselben Kriterien zu bestimmen sind. Somit stellen Strukturmaßnahmen zwar ein praktisch sehr bedeutsames Feld für die Frage der Reichweite des Inhibitoriums der §§ 857 Abs. 1, 829 Abs. 1 S. 2 ZPO des Gesellschafter-Schuldners dar. Einen Gegenstand eines gesonderten Meinungsstandes bilden sie jedoch nicht.<sup>395</sup>

### (1) Kapitalherabsetzungen

Nähert man sich nun der Frage der Zulässigkeit von Strukturmaßnahmen nach den allgemeinen Grundsätzen, so ergibt sich folgende Darstellung. Eine Kapitalherabsetzung sei nach überwiegender Auffassung dann keine Benachteiligung, sofern das Pfändungspfandrecht sich auf den Zahlungsanspruch erstreckt und dieser dem Verwertungserlös entspricht.<sup>396</sup> Dies wirft zunächst dasselbe praktische Problem auf, wie bei der Einziehung des Anteils,<sup>397</sup> wonach der zu erzielende Erlös sich im Zeitpunkt der Stimmabgabe des Gesellschafterbeschlusses

---

gering. Das Pfandrecht setzt sich bei Verschmelzung (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG), Spaltung (§§ 123 Abs. 1 bzw. Abs. 3 UmwG) und Formwechsel jeweils fort. Zu den Problemen einer börsennotierten Gesellschaft siehe, *Rieder/Ziegler*, ZIP 2004, 481, 482.

<sup>393</sup> *Rieder/Ziegler*, ZIP 2004, 481, 482.

<sup>394</sup> BGH, NJW 1968, 2059, 2069; BayObLG NJW 1959, 1780, 1781; vgl. auch KG, OLG Rspr 14, 177 f., konkret für Gesellschaftsanteile, *Roth*, ZGR 2000, 187, 191, 216 f.; dies sehen an einer späteren Stelle in ihrer Ausarbeitung im Ergebnis auch *Rieder/Ziegler*, ZIP 2004, 481, 485.

<sup>395</sup> Daher lösen *Rieder/Ziegler*, ZIP 2004, 481, 481 ff. letztendlich die im Einzelnen untersuchten Strukturmaßnahmen auch ausschließlich unter Heranziehung der allgemeinen Grundsätze.

<sup>396</sup> *Schuler*, NJW 1960, 1423, 1425 ff. *Rieder/Ziegler*, ZIP 2004, 481, 486; *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 1623; *Michalski/Ebbing*, GmbHG, § 15, Rn. 239;

<sup>397</sup> Eine Kapitalherabsetzung entspricht insoweit einer teilweisen Einziehung; Eingehender nachstehend „Teil 3 A.II.3.a.bb.“.

zur Kapitalherabsetzung sich nicht sicher feststellen lassen wird. Allerdings scheint hier folgender Weg gangbar: Betrifft die Kapitalherabsetzung im Sinne des § 58 GmbHG die Gesellschafter der GmbH gleichermaßen, besteht anders als in Fällen der Einziehung eine Art Vergleichsgruppe. Es darf davon ausgegangen werden, dass der Zahlungsanspruch, der dann sämtlichen Gesellschaftern zusteht, einen angemessenen Wert hat und keine gezielte Beeinträchtigung des Schuldner-Gesellschafters und des Gläubigers vorliegt. Darüber hinaus wird die Rechtsposition des (Schuldner-)Gesellschafters nicht beeinträchtigt, da seine Beteiligung an der Gesellschaft pro rata grundsätzlich unverändert bleibt. Daher ist auch der Titelläubiger wirtschaftlich nicht beeinträchtigt, da sich der Verwertungserlös weitestgehend unabhängig vom eigentlichen Stammkapital aus einer Vielzahl von Faktoren bestimmen wird.<sup>398</sup>

## (2) Kapitalerhöhungen

Für eine Kapitalerhöhung hingegen stellt die vorherrschende Ansicht zutreffend darauf ab, ob eine Erstreckung des Pfändungspfandrechts auf den Bezugsrechtsanspruch des Schuldner-Gesellschafters erfolgt.<sup>399</sup> Findet eine solche Erstreckung nämlich statt, fehle es an der Schmälerung der Gläubigerrechte. Etwas anderes wird man indes annehmen müssen, wenn die Kapitalerhöhung gegen Einlagen der einzelnen Gesellschafter erfolgen soll. Das Pfändungspfandrecht des Gläubigers kann das Bezugsrecht dann nicht miterfassen.

---

<sup>398</sup> Siehe zur Verwertung „Teil 3 A.II.3“; die Gefahren einer Kapitalherabsetzung bestehen vielmehr für Gläubiger der Gesellschaft, indem die Stammkapitalziffer und somit die Schwelle des § 30 GmbHG gedrückt wird, daher können sich Gläubiger *der Gesellschaft* befriedigen lassen, vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich/Zöllner/Haas, GmbHG; § 58, Rn. 1, 23 ff. Zweifelhaft erscheint daher auch die Begründung Rieder/Ziegler, ZIP 2004, 481, 488, die in Abgrenzung zur gewöhnlichen Kapitalherabsetzung eine Beeinträchtigung bei einer einfachen Kapitalherabsetzung nach § 58a GmbHG schon, allerdings auch nur deshalb ausschließen, da der „innere Wert“ des Anteils erhalten bleibt.

<sup>399</sup> Hinsichtlich sogenannter Kapitalerhöhungen aus Gesellschaftsmitteln sowie effektiven Kapitalerhöhungen, Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, GmbHG, § 15, Rn. 154; identisch Rieder/Ziegler, ZIP 2004, 481, 488; MüKo/GmbHG/Reichert/Weller, § 15, Rn. 520; *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, S. 641 ff., 644; gänzlich ohne Einschränkungen, Roth, ZGR 2000, 187, 218; eine Erstreckung ipso iure ablehnend, Kerbusch, GmbHR 1990, 156, 161.

## b. Der Umfang der Pfändung: (Keine) Erstreckung auf den Gewinn

Der Umfang der Pfändung ist auch dahingehend problematisch, ob auch der dem Gesellschafter gemäß § 29 GmbHG zustehende Gewinn automatisch miterfasst ist. Anderenfalls müsste der Gläubiger diesen ausdrücklich (mit-)pfänden.

### aa. Darstellung der herrschenden Meinung

GmbH-Gesellschaftern steht gemäß § 29 GmbHG ein Anspruch auf Auszahlung der Nutzungen zu. Heutzutage fordert die Mehrheit der Stimmen im Schrifttum, dass dieser Anspruch auf Auszahlungen von Nutzungen gesondert zu pfänden sei.<sup>400</sup> Eine automatische Erstreckung der Pfändung des Anteils wird danach häufig pauschal abgelehnt.

### bb. Würdigung und Konsequenzen

Zunächst ist es sachgerecht, zwischen einem schon entstandenen Gewinnanspruch des Gesellschafters, ab der Feststellung des Gewinns durch einen Gesellschafterbeschluss über die Gewinnverwendung, und (möglichen) künftigen Ansprüchen zu unterscheiden. Diese Trennung entspricht der gewinnrechtlichen Stellung der GmbH-Gesellschafter, die grundsätzlich ein sogenanntes Gewinnbezugsrecht haben, aus welchem ihnen ein konkreter Gewinnanspruch mit der Beschlussfassung erwächst<sup>401</sup>. § 29 Abs. 1 S. 1 GmbHG enthält danach noch keinen Anspruch im Sinne des § 194 Abs. 1 BGB, sondern beschreibt vielmehr das Gewinnbezugsrecht

---

<sup>400</sup> Siehe schon *Buchwald*, GmbHR 1959, 254, 255; *Schuler*, NJW 1960, 1423, 1426; *Noack*, DB 1969, 471, 471; *Schuschke/Walker/Walker*, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, § 857, Rn. 40; *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 1621; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner*, GmbHG, § 15, Rn. 155, 163; *MüKo/GmbHG/Reichert/Weller*, § 15, Rn. 522; *Baumbach/Hueck/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 15, Rn. 62; *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 181 (grundlegend zum vertraglichen Pfandrecht); *Weßling*, Die Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 42 ff., unterteilt in zukünftige und bereits entstandene Anteile und fordert für beide Fälle eine gesonderte Pfändung; differenzierend bei *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 24 ff.

<sup>401</sup> Vgl. *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz*, GmbHG § 29, Rn. 19, 22; richtigerweise ist auf den Gewinnverwendungsbeschluss abzustellen, siehe etwa BGHZ 137, 378, 381; BGHZ 139, 299, 302 f; BGH, NJW-RR 2004, 1343, 1343 f.; *Henssler/Strohn/Strohn*, Gesellschaftsrecht, GmbHG § 29, Rn. 32. Schon mit der Fassung des Feststellungsbeschlusses des Jahresabschlusses: *Hommelhoff* in: FS Rowedder, S. 171, 176 ff.; *MünchHdbGesR/Priester*, GmbH § 57 Rn. 58 ff.

(auch „Gewinnstammrecht“) qua Mitgliedschaft, welches zu einer konkreten Forderung in der Person des Gesellschafters werden kann.<sup>402</sup>

Freilich kann ein beim Schuldner entstandener Anspruch nicht mehr von einer Anteilspfändung erfasst sein.<sup>403</sup> Kontrovers diskutiert wird dagegen, ob das vorher bestehende Gewinnbezugsrecht als Nutzung der Vermutung des § 1213 Abs. 2 BGB unterfällt, wonach dem Gläubiger die Fruchtziehung zustünde. Dem schiebt allerdings der eingeschränkte Verweis des § 1273 Abs. 2 BGB einen Riegel vor, indem beim Pfandrecht an Rechten eine Fruchtziehung nicht vermutet wird<sup>404</sup>. Um den versperrten Weg über die Fruchtziehung zu umgehen, wird versucht das Gewinnbezugsrecht dergestalt mit der Mitgliedschaft zu verschränken,<sup>405</sup> dass es einer Fruchtziehung gar nicht bedarf. Dies verkennt allerdings die zugrundeliegende Trennung des § 29 GmbHG und ist abzulehnen. Daher kann auch der Ansatz von *Kalbfleisch*<sup>406</sup> nicht überzeugen, der die „während der Pfändung entstehenden Ansprüche“ als miterfasst ansieht und die „bereits entstandenen Ansprüche“ gesondert pfänden lassen will. Insofern stellt er nicht pauschal künftige und entstandene Ansprüche gegenüber, sondern nur solche, die in der Verstrickungsphase entstehen. Zwar erkennt er die Selbstständigkeit des Anspruchs auf Gewinnauszahlung, jedoch erfasse die Verstrickung die „Rechte in ihrer Gesamtheit“.<sup>407</sup>

### c. Weitergehende Überlegung: Auswirkungen der Zwangsvollstreckung auf die Beschlussfassung zur Gewinnverwendung

Weitergehend soll die Möglichkeit der Einflussnahme auf die Gewinnverwendung durch den Vollstreckungsgläubiger erwogen werden. Der Gläubiger wird möglicherweise ein Interesse daran haben, auf die Ansprüche des Gesellschafters

---

<sup>402</sup> Allg. Auffassung vgl. MüKo/GmbHG/*Ekkenga*, § 29, Rn. 39 m.w.N.; inwieweit dem Gesellschafter weitere Ansprüche zustehen, auf Feststellung des Jahresabschlusses und auf Feststellung der Gewinnverwendung ist umstritten, siehe „Teil 3 A.II.2.c.“.

<sup>403</sup> Als selbstständiger Anspruch ist dieser kein Teil der Mitgliedschaft mehr, vgl. BGHZ 23, 150, 154; *Weßling*, Die Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 46; i.E. Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 183.

<sup>404</sup> Vgl. schon bei *Buchwald*, GmbHR 1959, 254, 255; auch bei Schuschke/*Walker/Walker*, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, § 857, Rn. 40.

<sup>405</sup> *Heuer*, ZIP 1998, 405, 408, begreift die Pfändung nicht lediglich als Pfändung der aus dem Mantel der Mitgliedschaft fließenden Rechte, sondern des Mantels an sich; vgl. auch *Koch*, DZWIR 2010, 441, 444; gegen eine solche Herangehensweise auch *Weßling*, Die Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 43 f.

<sup>406</sup> *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 30 f.

<sup>407</sup> *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 30.

zuzugreifen, die diesem im Zusammenhang mit der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung zustehen. Er könnte daher versuchen, auf die Beschlussfassung zur Gewinnverwendung Einfluss- und auf den beschlossenen Gewinnanspruch des Schuldner-Gesellschafters Zugriff zu nehmen. Zuletzt könnte sich die Verstrickung des Anteils einschränkend auf die zulässige Stimmrechtsausübung des Gesellschafter-Schuldners dergestalt auswirken, dass er sein Stimmrecht in der Beschlussfassung zur Gewinnverwendung im Interesse des Gläubigers auszuüben hat.

#### *aa. Recht auf Rechnungslegung*

Die Verpflichtung der GmbH zur jährlichen Rechnungslegung ergibt sich schon aus den §§ 242, 243 Abs. 1 HGB.<sup>408</sup> Darüber hinaus besteht aber auch ein Interesse jedes einzelnen Gesellschafters, dass die Rechnungslegung vorgenommen wird. Voraussetzung für die Entstehung des Gewinnauszahlungsanspruchs der Gesellschafter ist gemäß § 29 Abs. 1 S. 1 GmbHG die Aufstellung des Jahresabschlusses um den Gewinn überhaupt ermitteln zu können. Es ist daher allgemein anerkannt, dass ein GmbH-Gesellschafter das Recht hat, zu verlangen, dass die GmbH die nötigen Vorbereitungsschritte unternimmt.<sup>409</sup> Die dafür erforderliche Offenlegung der Informationen wird wiederum von § 51a GmbHG speziell erfasst.<sup>410</sup>

#### *bb. Recht auf Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses*

Dieser Anspruch des Gesellschafters wäre für den einzelnen Gesellschafter praktisch wertlos, wenn er nicht (auch) die Feststellung des Jahresabschlusses herbeiführen könnte. Die fristgerechte Aufstellung des Jahresabschlusses obliegt allgemein dem GmbH-Geschäftsführer (§ 264 Abs. 1 S. 2 HGB).

#### *(1) Aufstellung des Jahresabschlusses – Meinungsstand*

Teilweise wird den Gesellschaftern daher das Recht zugesprochen, die Geschäftsführung zur Aufstellung des Jahresabschlusses anweisen zu können.<sup>411</sup>

---

<sup>408</sup> Gegenüber der Gesellschaft ist der Geschäftsführer das verpflichtete Organ.

<sup>409</sup> MüKo/GmbHG/Ekkenga, § 29, Rn. 40; teilweise deutlich umfassender als sogenannter „Rechnungslegungsanspruch“, Ulmer/Müller, GmbHG, § 29, Rn. 24; anderer Auffassung noch das RGZ 49, 141, 145.

<sup>410</sup> Vgl. MüKo/GmbHG/Ekkenga, § 29, Rn. 41; Ulmer/Müller, GmbHG, § 29, Rn. 24.

<sup>411</sup> Ulmer/Müller, GmbHG, § 29, Rn. 24; Gehrlein/Ekkenga/Simon/Beckmann/Hofmann, GmbHG, § 29, Rn. 21; Henssler/Strohn/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 29 GmbHG, Rn. 9; Arnold, Der Gewinnauszahlungsanspruch des GmbH-Minderheitsgesellschafters, S. 194 ff. m.w.N.

Die Wichtigkeit dieses Anspruchs unterstreicht *Müller* mit dem Verweis darauf, dass vor der Einführung des Informationsanspruchs aus § 51a GmbHG, die jährliche Rechnungslegung die wichtigste Möglichkeit der Information war.<sup>412</sup> Die Einführung des § 51a GmbHG habe den Charakter als Individualanspruch bestätigt. Der Gesellschafter könne daher aus diesem *eigenen* Recht gegen die Geschäftsführung klagen.<sup>413</sup> Abgeschwächt wird vertreten, dass der Gesellschafter den Anspruch jedenfalls nach den Grundsätzen der *actio pro sociotate* geltend machen könne.<sup>414</sup>

## (2) *Aufstellung des Jahresabschlusses – Stellungnahme*

Die Auffassung, die einen Individualanspruch befürwortet, blendet jedoch das entstehende Folgeproblem aus, dass die gerichtliche Durchsetzbarkeit zu einer Interessenkollision zwischen der objektiven Richtigkeit des Abschlusses und der Beurteilung durch das Gericht führt.<sup>415</sup> Eine saubere Darstellung macht zunächst eine Differenzierung der (möglichen) mitgliedschaftlichen Rechte hinsichtlich der *Aufstellung* des Jahresabschlusses und dessen *Feststellung* erforderlich. Stellt bei der Aufstellung die ausdrückliche Zuweisung an den Geschäftsführer gemäß § 41 GmbHG den Anknüpfungspunkt für die Ersetzungsmöglichkeiten dar, ist für die Feststellung grundsätzlich die Gesellschafterversammlung zuständig (§ 46 Nr. 1 GmbHG).

Der Anspruch aus § 29 Abs. 1 S. 1 GmbHG richtet sich gegen die Gesellschaft selbst und nicht gegen den Geschäftsführer, weshalb ein Anspruch gegen ihn von vornherein ausscheidet.<sup>416</sup> Dieser ist zwar das verpflichtete Organ und für die Erfüllung der handelsrechtlichen Pflichten verantwortlich, nicht jedoch zugleich Anspruchsgegner hinsichtlich der Ansprüche, die aus § 29 Abs. 1 S. 1 GmbHG abgeleitet werden. Verweigert der Geschäftsführer die Aufstellung ist zweifelhaft,

---

<sup>412</sup> Ulmer/*Müller*, GmbHG, § 29, Rn. 24.

<sup>413</sup> Ulmer/*Müller*, GmbHG, § 29, Rn. 24, ohnehin könne der Gesellschafter im Verhältnis zu den übrigen Gesellschaftern diese im Wege der Verpflichtungsklage auf Zustimmung zu den angestrebten Maßnahmen zur Herbeiführung des Jahresabschlusses bewegen.

<sup>414</sup> Scholz/*Crezelius*, GmbHG, § 41, Rn. 8; Bork/*Oepen*, ZGR 2002, 241, 276 f.; nicht mehr Michalski/*Sigloch/Keller/Meffert*, GmbHG, § 41, Rn. 10 ff., mit Verweis auf die Voraufgabe.

<sup>415</sup> MüKo/GmbHG/*Ekkenga*, § 29, Rn. 42 a.E. präzisiert diese Problematik mit Blick auf das „Stadium“ der Rechnungslegung: Liege noch kein „verteilungsfähiges Ergebnis“ vor, so würde eine gerichtliche Einmischung mit den öffentlich-rechtlichen Pflichten der GmbH zur Rechnungslegung kollidieren. Ist hingegen der Jahresabschluss nur noch GmbH-intern zu beschließen, verlagere sich der Konflikt ins „Verbandsinnenrecht“.

<sup>416</sup> Soweit einig Ulmer/*Müller*, GmbHG, § 29, Rn. 24; MüKo/GmbHG/*Ekkenga*, § 29, Rn. 43.

ob diese ersetzt werden kann. Eine ersatzweise Aufstellung durch die Gesellschafterversammlung verstößt gegen die grundsätzliche Kompetenzordnung.<sup>417</sup> Daher bleibt fraglich, ob eine gerichtliche Entscheidung über die Aufstellung herbeigeführt werden kann. Einem derartigen Urteil käme jedenfalls dann eine bedenklich weitreichende „essentielle Wert- und Wahlentscheidung“<sup>418</sup> zu, sofern das Gericht über einen Abschluss zu entscheiden hätte, der noch nicht (vollständig) entworfen ist. Ein solcher Anspruch führt außerdem zu dem Wertungswiderspruch, dass dem klagenden Gesellschafter letztlich eine Position eingeräumt würde, die materiell-rechtlich nicht einmal der Gesellschafterversammlung zukommen dürfte. Denn schließlich darf die Gesellschafterversammlung keine zwingend dem Geschäftsführer zugewiesenen Aufgaben wahrnehmen und somit erst recht nicht ein einzelner Gesellschafter.<sup>419</sup>

### *(3) Feststellung des Jahresabschlusses – Meinungsstand*

Sofern der Jahresabschluss aufgestellt wurde, muss dieser durch die Gesellschafterversammlung festgestellt werden, (vgl. § 46 Nr. 1 GmbHG). Ob ein einzelner Gesellschafter aus § 29 Abs. 1 S. 1 GmbHG einen Anspruch auf diese Feststellung ableiten kann, wird zunehmend kontrovers beurteilt.<sup>420</sup> Danach verweigert eine vormals überwiegende Auffassung einen solchen Anspruch unter Verweis auf die bestehende Verbandsordnung in der GmbH.<sup>421</sup> Über die objektiv messbaren Zahlen und Größen hinaus sei der Beschluss letztlich ein Akt korporativer Willensbildung.<sup>422</sup>

---

<sup>417</sup> Ganz überwiegende Meinung etwa Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 41, Rn. 1; mit Verweis auf den öffentlich-rechtlichen Charakter der Pflicht Michalski/Sigloch/Keller/Meffert, GmbHG, § 41, Rn. 2; Ulmer/Paefgen, GmbHG, § 41, Rn. 2;

<sup>418</sup> MüKo/GmbHG/Ekkenga, § 29, Rn. 44.

<sup>419</sup> Sofern ausnahmsweise die sogenannte gesellschaftsrechtliche Treupflicht eine abweichende Bewertung erforderlich macht, dann ergibt sich der Anspruch und dessen Inhalt auch aus der Treupflicht, vgl. dazu sogleich „Teil 3 A.II.2.c.bb.(4)“ sowie zur Treupflicht „Teil 3 B.II.1.c.“.

<sup>420</sup> Dabei geht es nicht um die Frage, ob ein Gesellschafter die durch den Geschäftsführer verweigerte Einberufung der Gesellschafterversammlung erzwingen kann. Nach § 50 GmbHG kann ein einzelner Gesellschafter die Einberufung verlangen und selbst vornehmen. Die Vollstreckung folgt über § 888 ZPO, siehe Michalski/Römermann, GmbHG, § 46, Rn. 42.

<sup>421</sup> Schon RGZ 49, 141, 145 f; Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 338; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber, GmbHG, § 46, Rn. 7; Michalski/Römermann, GmbHG, § 46, Rn. 44.

<sup>422</sup> Ulmer/Müller, GmbHG, § 29, Rn. 31.



Dagegen findet sich eine Reihe von Stimmen, die einen Individualanspruch – jedenfalls unter bestimmten, engen Voraussetzungen – bejahen.<sup>423</sup> Einschränkend erkennt *Roth* den Anspruch aus dem gesellschaftlichen Grundverhältnis an, sofern nur ein bestimmter Beschluss rechtmäßig wäre.<sup>424</sup> Dagegen habe eine gerichtliche Ersetzung gemäß § 315 BGB beziehungsweise analog zu erfolgen, sofern ein Beurteilungsspielraum verbleibt.<sup>425</sup> Danach könne der Gesellschafter zwar nicht auch ein konkretes Ergebnis, aber auf Feststellung nach billigem Ermessen des Richters klagen.

#### (4) Feststellung des Jahresabschlusses – Stellungnahme

Richtigerweise kann sich ein Anspruch nur dann ergeben, wenn die spiegelbildliche Pflicht der übrigen Gesellschafter oder möglicherweise der Gesellschaft selbst konstruiert werden kann. Eine Pflicht kann sich insbesondere aus der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht der Mitgesellschafter ergeben. Dies gilt vornehmlich für Fälle, in denen ein Mehrheitsgesellschafter die Gewinnverwendung durch Verweigerung der Beschlussfassung torpediert. Hier lassen sich die weitestgehend anerkannten Grundsätze heranziehen, dass sich im Bereich der späteren Gewinnverwendung Schranken gegen eine übermäßige Gewinnthesaurierung ergeben können. Danach gebietet die mitgliedschaftliche Treupflicht eine angemessene Rücksichtnahme auf die übrigen Gesellschafter hinsichtlich des zu beschließenden Auszahlungsbetrags<sup>426</sup>. Auch der gesellschaftsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet die Benachteiligung der (Minderheits-) Gesellschafter.

---

<sup>423</sup> Vgl. im Ergebnis BGHZ 139, 299, 303; wegweisend *Zöllner*, ZGR 1988, 392, 418 f.; einschränkend nunmehr auch *Roth/Altmeppen/Roth*, GmbHG, § 46, Rn. 8; *Arnold*, Der Gewinnauszahlungsanspruch des GmbH-Minderheitsgesellschafters, S. 171 ff. m.w.N., 184; Darstellung der Ansichten bei *MüKo/GmbHG/Ekkenga*, § 29, Rn. 47, der den Anspruch ablehnt.

<sup>424</sup> *Roth/Altmeppen/Roth*, GmbHG, § 46, Rn. 8.

<sup>425</sup> Vgl. *Zöllner*, ZGR 1988, 392, 416 f.; logischerweise dann auch *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 46, Rn. 12; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 46, Rn. 8; aktuell *Henssler/Strohn/Strohn*, Gesellschaftsrecht, § 29 GmbHG, Rn. 43.

<sup>426</sup> Weit überwiegende Auffassung siehe nur, OLG Hamm, GmbHR 1992, 458 f.; OLG Brandenburg, ZIP 2009, 1955, 1957 f.; BGH, DStR 2010, 1899, 1899; *Hommelhoff*, GmbHR 2010, 1328, 1328 f.; *Scholz/Verse*, GmbHG, § 29, Rn. 53; *MüKo/GmbHG/Ekkenga*, § 29, Rn. 167 f.; siehe zur Annahme von Stimmbindung und Zustimmungspflichten aus der Treupflicht nachstehend unter „Teil 3 B.II.1.c.“, sowie der prozessualen Durchsetzung „Teil 3 B.II.2.b.“.

Obgleich durch die Heranziehung der §§ 315 ff. (analog) BGB die oftmals schwierige Prüfung eines Anspruchs aus der Treuepflicht vermieden werden kann, erscheint der Lösungsansatz wenig überzeugend. Hinsichtlich der gerichtlichen Umsetzung fordert die Einmischung über §§ 315 ff. BGB grundsätzlich die Legitimation durch einen Vertragswillen.<sup>427</sup> Diesen wird man überdies trotz beziehungsweise gerade wegen der „ausdrücklichen“ Nichtregelung kaum in einen Gesellschaftsvertrag reinlesen können.<sup>428</sup> Maßgeblich ist ferner, dass die Beschlussfassung als Akt korporativer Willensbildung komplett ausgelagert würde, was in letzter Konsequenz den größtmöglichen Eingriff in die Beschlussfassung und Willensbildung darstellt. Dies erscheint insbesondere in teleologischer Hinsicht bedenklich, wonach § 29 GmbHG primär als kompetenzregelnde Norm anzusehen ist<sup>429</sup>. Entsprechend der starken Stellung der Gesellschafterversammlung im Gefüge der GmbH, haben die Gesellschafter weitreichende Einflussnahmerechte bei der Frage der Gewinnverwendung, die durch den dispositiven gesetzlichen Rahmen noch verstärkt wird.

#### *cc. Recht auf Beschlussfassung über Gewinnverwendung*

Zuletzt könnte dem Gesellschafter ein Anspruch auf Beschlussfassung zur Gewinnverwendung zustehen. Die Gewinnverwendung kann die Ausschüttung an die Gesellschafter vorsehen, oder die Gewinne durch Gewinnvortrag oder Gewinnrücklagen thesaurieren. Die Entscheidung darüber obliegt grundsätzlich der Gesellschafterversammlung. Die gesetzlich vorgesehene Trennung zwischen einem Feststellungsbeschluss und einem Verwendungsbeschluss (§§ 29 Abs. 2, 42a Abs. 2 S. 1 und 46 Nr. 1 GmbHG) ist nicht zwingend, weshalb eine abweichende gesellschaftsvertragliche Regelung möglich ist. Die Entscheidungen über die Feststellung des Gewinns und dessen Verwendung werden oftmals nicht getrennt getroffen, sondern fallen regelmäßig zusammen.<sup>430</sup>

---

<sup>427</sup> Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 46, Rn. 21.

<sup>428</sup> Richtig ist zwar, dass eine Gesellschaft ein grundlegendes Interesse hat Patt-Situationen und andere Konflikte zu lösen und man diesen Willen schon beim Zusammenschluss unterstellen kann. Allerdings bestehen zahlreiche gestalterische Möglichkeiten Auswege im Vertrag zu verankern.

<sup>429</sup> Ulmer/Müller, GmbHG, § 29, Rn. 1.

<sup>430</sup> Vgl. Scholz/Verse, GmbHG, § 29, Rn. 36, m.w.N.

### (1) Darstellung der herrschenden Auffassung

Im Gegensatz zur vorstehenden Feststellung des Jahresabschlusses, bejaht eine überwiegende Anzahl an Stimmen im Ergebnis einen Anspruch des Gesellschafters.<sup>431</sup> Teilweise wird der Individualanspruch entsprechend der Frage der Feststellung des Jahresabschlusses hergeleitet.<sup>432</sup> Auch könnte sich eine Lösung schon aus dem Gesetz ergeben, sofern keine Thesaurierung vorgesehen ist: In Ermangelung eines Verwendungsbeschlusses im Sinne des § 29 Abs. 2 GmbHG wäre der bereinigte Jahresgewinn auszuzahlen.<sup>433</sup> Für den Fall des Verstreichens der Frist zur Fassung des Beschlusses gemäß § 42a Abs. 2 S. 1 GmbHG wird vorgeschlagen, die Gesellschaft im Wege der Gestaltungsklage oder die Gesellschafter im Wege der Leistungsklage zu verurteilen.<sup>434</sup>

### (2) Würdigung und Konsequenzen

Ein Vergleich zum Recht der Aktiengesellschaft stützt die Argumentation derjenigen, die einen Anspruch befürworten. Aktionäre einer Aktiengesellschaft können diese auf die Herbeiführung eines Gewinnverwendungsbeschlusses, nicht jedoch eines bestimmten Inhalts verklagen, sofern die Frist des § 175 Abs. 1 S. 2 AktG verstrichen ist.<sup>435</sup> Diese Grundsätze sind auf die GmbH übertragbar, da die GmbH-rechtliche Ausgestaltung der Gewinnverwendung im Vergleich zum aktienrechtlichen Pendant (§ 58 AktG) den GmbH-Gesellschaftern weitergehende Einflussnahme auf die Geschäftsführung ermöglicht. Der Verweigerung der Herbeiführung im Rahmen der vorgesehenen Frist ist demnach erst recht abzuwehren. In den übrigen Fällen, außerhalb von § 42a Abs. 2 S.1 GmbHG, bestehen allerdings systematische Unterschiede zum Aktienrecht. Die weitreichenderen Möglichkeiten zur Einflussnahme der Gesellschafter und die dispositiven Regelungen zur Ergebnisverwendung machen das Entscheidungsspektrum vielseitiger und daher weniger leicht durch Dritte zu bestimmen.

---

<sup>431</sup> OLG Düsseldorf, NZG 2001, 1085, 1086; Arnold, Der Gewinnauszahlungsanspruch des GmbH-Minderheitsgesellschafters, S. 150; Bork/Oepen, ZGR 2002, 241, 250; Baumbach/Hueck/Fastrich/Fastrich, GmbHG, § 29, Rn. 40; Ulmer/Müller, GmbHG, § 29, Rn. 71; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, § 29, Rn. 68; Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 29, Rn. 50; dagegen MüKo/GmbHG/Ekkenga, § 29, Rn. 52.

<sup>432</sup> Zöllner, ZGR 1988, 392, 417 lehnt eine differenzierte Ansicht ab, weshalb er konsequenter Weise auch hier auf die gerichtliche Entscheidung analog § 315 Abs. 3 S. 2 BGB kommt.

<sup>433</sup> Vgl. darstellend MüKo/GmbHG/Ekkenga, § 29, Rn. 51 m.w.N., der dieser Ansicht nicht folgt.

<sup>434</sup> Henssler/Strohn/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 29 GmbHG, Rn. 43.

<sup>435</sup> MüKo/AktG/Bayer, GmbHG, § 58, Rn. 99 m.w.N.

Entscheidend ist, dass im Gegensatz zur Herbeiführung des Jahresabschlusses durch Auf- und Feststellung, der Inhalt nicht mehr gerichtlich auszufüllen ist. Daher kann eine Kollision mit der öffentlich-rechtlichen Pflicht der Gesellschaft zur Rechnungslegung umgangen werden. Gleichzeitig erscheint es zweifelhaft, dem Gericht die Befugnis zu erteilen im wichtigen Bereich der Gewinnverteilung die korporative Willensbildung zu ersetzen. Problematisch ist dagegen eine Bevormundung der Gesellschafter, da diesen ein weiter Beurteilungsspielraum zustehen muss.<sup>436</sup> Ein Kompromiss ließe sich – parallel zu den anerkannten Grundsätzen im Aktienrecht – darin sehen, dass die Gesellschaft verpflichtet wird, durch ihre Gesellschafter selbst einen Beschluss zu fassen.

*dd. Möglichkeiten der Einflussnahme durch den Gläubiger*

Zweifelhaft erscheint, inwieweit nun ein Gesellschafter-Gläubiger auf die dargestellten mitgliedschaftlichen Ansprüche im Zusammenhang mit der Gewinnverwendung – nach diesseits vertretener Auffassung grundsätzlich die Beschlussfassung – Einfluss nehmen kann. Der Zugriff im Wege der Pfändung ist jedoch mit Blick auf die Systematik des mitgliedschaftlichen Anspruchs auf die Ergebnisverwendung nach § 29 Abs. 1 S. 1 GmbHG beschränkt. Anders als der abtretbare und damit pfändbare entstandene Gewinnauszahlungsanspruch, kann der Gläubiger nicht auf das mitgliedschaftliche Gewinnstammrecht zugreifen<sup>437</sup>. Der Gläubiger kann mangels Abtretbarkeit nicht pfänden, was untrennbar mit der Mitgliedschaft verbunden ist. Es erscheint mit Blick auf die Rechtsfolge widersinnig, dem Gläubiger Ansprüche zuzubilligen, die in dem mitgliedschaftlichen Gewinnstammrecht wurzeln. Das Ergebnis wird auch mit Blick auf die elementar mitgliedschaftliche Natur der Beschlussfassung über die Gewinnverteilung unterstützt. Die Verwaltung der Gesellschaft obliegt nach Maßgabe der §§ 45 ff. GmbHG der Gesellschafterversammlung. In der mitgliedschaftlichen Stellung vereinen sich dabei gleichermaßen die Möglichkeit der Einflussnahme und die mitgliedschaftliche Verantwortung.<sup>438</sup>

---

<sup>436</sup> Für den Bereich der Gewinnthesaurierung ist dies innerhalb der Grenzen der Treuepflicht und des Gleichbehandlungsgrundsatzes anerkannt, vgl. OLG Nürnberg, DB 2008, 2415, 2417 ff. Es darf an dieser Stelle nichts anderes gelten, da mit einer inhaltlichen Einmischung in die Beschlussfassung der zunächst anerkannte Spielraum nivelliert würde, vgl. „Teil 2 B.II.2.cc.(2)“.

<sup>437</sup> Vgl. nur Ulmer/Müller, GmbHG, § 29, Rn. 9 m.w.N.; siehe zuvor „Teil 3 A.II.2.b.bb.“.

<sup>438</sup> „Das Postulat von Herrschaft und Haftung“ in *Limbachs* gleichnamiger Arbeit, Die empirischen Normaltypen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und ihr Verhältnis zum

Inwieweit die Interessen des Gläubigers im Rahmen der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung zu berücksichtigen sind, richtet sich nach den allgemeinen Grundsätzen zur zulässigen Stimmrechtsausübung während der Verstrickung des Anteils. Darin ist er nur gehindert, wenn dies zu einer Benachteiligung des Gläubigers führt,<sup>439</sup> eine spiegelbildliche Pflicht zur Besserstellung kann nicht angenommen werden. Das Recht der Gesellschafter auf Gewinnverwendung ist als derart elementar bei der Betreibung einer Gesellschaft anzusehen, dass eine Ausübung nicht versagt werden kann. Folglich ist auch die Stimmrechtsausübung des Gesellschafters im Rahmen des Gewinnverwendungsbeschlusses nicht von der Zustimmung des Gläubigers abhängig.

#### *ee. Zwischenergebnis*

Der Gläubiger kann keinen Einfluss auf die Beschlussfassung zur Gewinnverwendung oder die vorbereitenden Schritte nehmen und somit auf die Entstehung des Auszahlungsanspruchs nicht einwirken. Für die Frage des Umfangs der Pfändung bleibt es damit bei der eingangs angenommenen Unterscheidung,<sup>440</sup> ob ein Gewinnanspruch des Schuldner-Gesellschafters im Zeitpunkt der Pfändung des Geschäftsanteils schon entstanden ist. Die Stimmrechtsausübung ist dem Gesellschafter während der Verstrickung auch im Bereich der Gewinnverwendungsbeschlüsse im Sinne des § 29 GmbHG unbenommen, sofern diese keine Benachteiligung des Gläubigers darstellt.

#### **d. Die Stellung der Gesellschaft: Auskunftspflicht, § 840 Abs. 1 ZPO**

Aus der angenommenen Drittschuldnerstellung folgt grundsätzlich eine Auskunftspflicht (§ 840 Abs. 1 ZPO)<sup>441</sup>. Dabei sind einerseits der Umfang der Auskunftspflicht, sowie andererseits Fragen der Durchsetzung und insbesondere der Kostentragung Gegenstand von Diskussionen.

#### *aa. (Begrenzter) Umfang der Auskunftspflicht*

Gemäß § 840 Abs. 1 ZPO hat der Drittschuldner dem Gläubiger auf dessen Verlangen innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung des Pfändungsbeschlusses

---

Postulat von Herrschaft und Haftung; vgl. zum Zusammenhang von „Teilhabe und Verantwortung“ auch *Klosterkemper*, Einflussmöglichkeiten Außenstehender auf den inner-korporativen Bereich der GmbH, S. 158 ff.

<sup>439</sup> „Teil 3 A.II.2.a.bb.“.

<sup>440</sup> „Teil 3 A.II.2.b.“.

<sup>441</sup> Eingehend zur Drittschuldnerstellung vorstehend „Teil 2 A.I.2.“.

Auskunft über die Forderung zu erteilen. Dem liegt der Zweck zugrunde, dem Gläubiger die Möglichkeit zu geben, die Durchführung der Vollstreckung zur Realisierung seiner Forderung zu planen.<sup>442</sup> Der Umfang der Auskunftspflicht aus § 840 Abs. 1 ZPO ist katalogartig begrenzt, weshalb für den Gläubiger ein lediglich eng beschränkter Nutzen vorliegt. Vor diesem Hintergrund wird vereinzelt vorgebracht, dass im Bereich der Pfändung von GmbH-Anteilen § 840 ZPO möglicherweise schon nicht geeignet sei, eine Auskunftspflicht der Gesellschaft zu begründen.<sup>443</sup> Ausweislich des eindeutigen Wortlauts der Norm begründet und begrenzt sie den Anspruch gleichermaßen auf den aufgeführten Umfang, was sich in der Praxis im Wesentlichen auf die schlichte Auskunft über das Bestehen des Anteils beschränken wird.

Davon abgesehen wird regelmäßig ein Interesse des Gläubigers daran bestehen, weitere Informationen zu erhalten.<sup>444</sup> Zunächst ist festzuhalten, dass etwa der Rechnungslegungsanspruch nicht vom Pfändungspfandrecht miterfasst ist.<sup>445</sup> Es erscheint allerdings bedenklich, ausgehend vom Gläubigerinteresse an einer umfassenden Auskunft, die Lösung zu erzwingen, dass die Gesellschaft weitergehende Informationen bereitzustellen hätte.<sup>446</sup> Ohne dafür eine gesetzliche Handhabe zu finden, kann man einen Anspruch des Gläubigers nicht bejahen. Dies würde einseitig die Gläubigerinteressen contra legem gewichten.<sup>447</sup> Eine dahingehende Pflicht der GmbH statuiert jedenfalls § 840 Abs. 1 ZPO nicht.

#### *bb. Durchsetzung und Schadensersatz*

Neben dem geringen informativen Mehrwert für den Gläubiger stellt sich mit Blick auf die Durchsetzung des Auskunftsanspruchs gegen die Gesellschaft ein weiteres Problem: Die Pflicht der Gesellschaft aus § 840 Abs. 1 ZPO ist keine einklagbare Handlungspflicht, sondern eine reine Obliegenheit.<sup>448</sup> Gleichwohl

---

<sup>442</sup> Brox/Walker, Zwangsvollstreckung, Rn. 621.

<sup>443</sup> LG Essen, RPfleger 1973, 410; Heuer, ZIP 405, 411.

<sup>444</sup> Bedeutsam insbesondere Blick auf die Wertbestimmung des Geschäftsanteils als Pfandobjekt. Auch die Realisierung durch die Verwertung des Geschäftsanteils „Teil 3 A.II.3.b.“, wird ohne ein Mindestmaß an Informationen für potenzielle Erwerber erschwert. Vgl. auch Heuer, ZIP 405, 411.

<sup>445</sup> „Teil 3 A.II.2.c.dd.“.

<sup>446</sup> So das LG Essen, RPfleger 1973, 410, wonach dem Gläubiger auch Bilanzen zur Verfügung zu stellen sind, jedoch die Offenlegung der Gewinn- und Verlustrechnung wiederum einen Verstoß gegen Treu und Glauben, § 242 BGB, darstellt.

<sup>447</sup> Dazu eingehend nachstehend „Teil 3 A.III.2.“.

<sup>448</sup> BGH, NJW-RR 2006, 1566, 1566; kritisch zum Streit Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, § 30.20.

normiert § 840 Abs. 2 S. 2 ZPO eine Schadensersatzpflicht der Gesellschaft, wenn diese die Pflicht nicht erfüllt.<sup>449</sup> Damit wird der Gläubiger auf die Sekundärebene verwiesen und die Gesellschaft wird sich durch eine Schadensersatzzahlung letztendlich gegen die Auskunftsansprüche wehren können. Alles in allem stellt der Anspruch des Gläubigers auf Auskunftserteilung demnach kein scharfes Schwert dar.

*cc. Kostentragung – Meinungsstand*

Letztlich fordert die wohl überwiegende Ansicht die Kostentragung für die anfallenden Kosten durch die Gesellschaft als Drittschuldnerin.<sup>450</sup> Abweichend wird es vereinzelt im Schrifttum für sachgerechter gehalten, dem anspruchstellenden Vollstreckungsgläubiger die Kosten aufzuerlegen.<sup>451</sup> Die Herleitung eines dafür erforderlichen Erstattungsanspruchs gegen den Gläubiger wird teilweise über eine Analogie zu den §§ 261 Abs. 2 (vormals Abs. 3), 811 Abs. 2 BGB konstruiert. Andere fordern diese Erstattungspflicht des Gläubigers aus dem Selbstverständnis, dass einen Dritten, der nicht selbst Partei ist, grundsätzlich keine Nachteile (Kosten) aufgebürdet werden dürfen.<sup>452</sup> Sofern die Gesellschaft nunmehr im Interesse des Gläubigers Kosten aufgewendet hat, seien diese zu erstatten. Dieser Ansatz fußt auf der zentralen Kostentragungsnorm des § 788 Abs. 1 ZPO, wonach der Schuldner die notwendigen Kosten der Zwangsvollstreckung trägt<sup>453</sup>. Danach könnte nur der Gläubiger Ansprüche gegen den Schuldner geltend machen. Einen Schritt weiter geht *Eckert* mit der Annahme eines auftragsähnlichen Verhältnisses zwischen Drittschuldner und Gläubiger durch die

---

<sup>449</sup> Auch der Umfang des Schadensersatzanspruchs wird kontrovers und kasuistisch beurteilt, Darstellung bei *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 30.20; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 625.

<sup>450</sup> Vgl. BGH, JurBüro 1985, 708; BAG NJW 1985, 1181, 1181 f.; BVerwG RPflegler 1995, 261, 261f.; LG München I MDR 63, 757; AG Bramstedt MDR 1981, 854; AG München, AnwBl 1981, 40; AG Münster JurBüro 1991, 276; *Marly*, BB 1999, 1990, 1992; *Dierck/Morvilus/Vollkommer/Dörndorfer*, HdbdZVR, 6.Kap., Rn. 132; *Musielak/Becker*, ZPO, § 840, Rn. 6; *Zöller/Stöber*, ZPO, § 840, Rn. 11; konsequenterweise somit auch *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 647; beschränkt auf „einfache Fälle“ LG Essen JurBüro 1985, 627.

<sup>451</sup> *Linke*, ZJP 1974, 284, 289; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 623; *MüKo/ZPO/Smid*, § 840, Rn. 8 ff.; *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckung, § 30.20 a.E; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann/Baumbach/Hartmann*, ZPO, § 840.

<sup>452</sup> KG, RPflegler 1982, 382.

<sup>453</sup> Vgl. *MüKo/ZPO/Smid*, § 840, Rn. 9.

Erbringung der Auskunft und nimmt daher einen Anspruch aus § 670 (analog) BGB auf Ersatz der Aufwendungen für die Erbringung der Auskunft an.<sup>454</sup>

*dd. Kostentragung – Stellungnahme*

Gegen eine Heranziehung der §§ 261 Abs. 2, 811 Abs. 2 BGB (analog) spricht, dass der Gesetzgeber im Prozessrecht und Zwangsvollstreckungsrecht ausdrückliche Regelungen geschaffen hat, welche die Kostentragung regeln. Der Umstand dass etwa § 788 Abs. 1 ZPO auf die Vollstreckungsparteien beschränkt ist, rechtfertigt es nicht, materiell-rechtliche Regelungen in das Zwangsvollstreckungsrecht zu übertragen<sup>455</sup>. Der Weg über § 788 Abs. 1 ZPO wiederum wird durch folgendes Dilemma versperrt: Da nur Aufwendungen des Gläubigers als Kosten der Zwangsvollstreckung im Sinne der Norm angesehen werden, müssten man die Kosten des Drittschuldners zunächst als Aufwendungen des Gläubigers qualifizieren können. Aufwendungen des Gläubigers wiederum lägen aber erst *nach* der Erstattung an den Drittschuldner vor. Somit besteht gerade die den eigentlichen Anspruch begründende Lücke fort. Auch die Heranziehung des materiellen Auftragsrechts erscheint äußerst bedenklich, erfasst man die Auskunftspflicht des § 840 ZPO als „prozessuale Verpflichtung [...] im Interesse der Allgemeinheit“<sup>456</sup>, handelt der Drittschuldner gerade nicht im Auftrag oder auftragsähnlich für den Gläubiger (im Sinne der materiellen Leistungspflicht der §§ 670 ff. BGB), sondern kommt seiner bestehenden Pflicht nach.

Somit bleibt zu erwägen, dass der Drittschuldner die Auskunftserteilung davon abhängig macht, dass der Gläubiger ihm die Aufwendungen erstattet. Sodann würde die allgemeine Kostentragung des § 788 Abs. 1 ZPO greifen und den Schuldner zur Tragung verpflichten. Es ist allerdings überaus unklar, ob sich je ein Gläubiger auf eine Einigung im Vorfeld einlassen wird angesichts der eindeutigen Rechtsprechung. Hier droht der Gesellschaft nach der in der Rechtsprechung vorherrschenden Auffassung die Auferlegung von Kosten, die im Einzelfall, etwa durch aufwendige Rechtsanwaltsmandate oder Verfahrenskosten, nicht unerheblich sein können.

---

<sup>454</sup> Eckert, MDR 1986, 799, 801 f.; ihm folgend auch MüKo/ZPO/Smid, § 840, Rn. 9.

<sup>455</sup> Vgl. zu diesem Teilaspekt Stöber, Forderungspfändung, Rn. 647, der es für unzulässig erachtet, Normen des materiellen Rechts in das Zwangsvollstreckungsrecht zu übertragen.

<sup>456</sup> BGH, NJW 2000, 651, 652.



### 3. Die Verwertung

Zur Befriedigung des Gläubigers ist der gepfändete Geschäftsanteil in einem zweiten Schritt zu verwerten.

#### a. Die Anordnung der Verwertung, § 844 ZPO

Im Bereich der Pfändung einer Geldforderung nach § 829 ZPO erfolgt die Verwertung grundsätzlich über § 835 ZPO. Die dort vorgesehene Überweisung des Geschäftsanteils zur Einziehung (§ 835 Abs. 1 1.Var ZPO) oder an Zahlung Statt (§ 835 Abs. 1 2.Var ZPO) zum Nennwert muss nach der ganz vorherrschenden Ansicht bei der Verwertung eines gepfändeten GmbH-Anteils ausscheiden.<sup>457</sup>

##### aa. Die Darstellung der herrschenden Meinung

Die Überweisung an Zahlungs Statt scheidet einhellig anerkannt aus, weil der Anteil keinen objektiven Nennwert hat. Dagegen werden hinsichtlich der Überweisung zur Einziehung teilweise abweichende Auffassungen vertreten. *Stöber* hält für die Fälle eines gesellschaftsvertraglichen Kündigungsrechts im Sinne des § 60 Abs. 2 GmbHG die Überweisung zur Einziehung für sachgerecht und vorrangig.<sup>458</sup> *Zattler* sieht eine solche Möglichkeit schon, wenn eine Überweisung zur Einziehung für den Gläubiger günstiger sei als die Verwertung nach § 844 ZPO.<sup>459</sup> Zuletzt käme eine Überweisung zur Einziehung in Betracht, wenn eine Veräußerung nach § 844 ZPO scheitern würde.<sup>460</sup>

---

<sup>457</sup> Ganz vorherrschende Auffassung, KG, OLGZ 10, 392; LG Berlin, MDR 1987, 592; Ulmer/*Löbbe*, GmbHG, § 15, Rn. 320; Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 199; Michalski/*Ebbing*, GmbHG, § 15, Rn. 241; MüKo/GmbHG/*Reichert/Weller*, § 15, Rn. 536; Baumbach/*Hueck/Hueck/Fastrich*, GmbHG, § 15, Rn. 63; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 115 f.; *Heuer*, ZIP 1998, 405, 406; gänzlich anderer Auffassung *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 113 ff., der jegliche schematische „starre Handhabung“ (S. 113) ablehnt.

<sup>458</sup> Dieses könnte dann als Nebenrecht auch vom Gläubiger ausgeübt werden *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 1624; Keller/*Schrandt*, HdbZV, Kap. 3, Rn. 1113; Both/*Hanebrink*, Praxis der Zwangsvollstreckung, Teil 2, Rn. 560; ähnlich auch MüKo/ZPO/*Smid*, § 859, Rn. 29 und Stein/*Jonas/Brehm*, ZPO, § 859, Rn. 20, die jedoch als weitere Voraussetzung die Angemessenheit des Liquidationserlöses im Hinblick auf § 844 ZPO anzweifeln.

<sup>459</sup> *Zattler*, Die Verzahnung der Gesellschaftsverträge bei der echten GmbH & Co. KG, S. 81

<sup>460</sup> LG Berlin, GmbHR 1988, 70, 71; Stein/*Jonas/Brehm*, ZPO, § 859, Rn. 20.

### *bb. Würdigung und Konsequenz*

Anders als das Recht der Personengesellschaften sieht das GmbHG eine Kündigungsmöglichkeit nur vor,<sup>461</sup> sofern diese vertraglich vereinbart wurde (vgl. § 60 Abs. 2 GmbHG). Somit käme eine Überweisung zur Einziehung hier ohnehin nur in Betracht, wenn die Gesellschaft eine derartige Kündigungsmöglichkeit im Gesellschaftsvertrag vorsieht.<sup>462</sup> Allerdings sehen auch die Vertreter einer Möglichkeit der Überweisung zur Einziehung, dass der Liquidationserlös nicht selten hinter dem Verkaufserlös zurückbleiben wird,<sup>463</sup> weswegen eine Ausübung des Kündigungsrechts ohnehin kaum je besser geeignet sein dürfte die Befriedigung des Gläubigers zu erreichen. Insbesondere findet *Stöbers* Annahme eines Vorranges keine gesetzliche Handhabe.<sup>464</sup> Dafür spricht auch, dass die aus der Überweisung zur Einziehung folgende Fremdverwaltung für einen Geschäftsanteil als Gesamtheit an mitgliedschaftlichen Rechten und Pflichten unpassend ist.<sup>465</sup>

Daher stellt sich das praktische Problem, dass im Zeitpunkt der Anordnung der Verwertung die Prüfung zu erbringen wäre, welche der beiden Verwertungsarten nun günstiger beziehungsweise mithin angemessen im Sinne des § 844 ZPO wäre. Eine solche Prüfung ist grundsätzlich für die vorgeschriebene Festsetzung eines Mindestgebots für die Versteigerung anerkannt,<sup>466</sup> allerdings nicht schon vorher. Ohne eine solche verlässliche Sachverständigeneinschätzung würde die Abgrenzung zur bloßen Schätzung. Die Umsetzung der herrschenden Meinung entbehrt nicht der Bereitstellung verlässlicher Kriterien sowie deren Sicherstellung im Verfahren bei der Entscheidung für eine Verwertungsart.

Die zur Befriedigung des Gläubigers erforderliche Verwertung erfolgt sodann durch eine gesonderte gerichtliche Verwertungsanordnung nach § 844 ZPO. Diese ordnet regelmäßig die hoheitliche (§§ 816 ff. ZPO) beziehungsweise privatrechtliche (§§ 156 BGB, 237 GVGA) Versteigerung oder den freihändigen

---

<sup>461</sup> Für Personengesellschaften ist eine Kündigungsmöglichkeit vorgesehen in §§ 725 BGB, 135 HGB. Der Gläubiger kann sich den Anteil überweisen lassen und sodann die Gesellschaft kündigen und dadurch Befriedigung erlangen.

<sup>462</sup> Das Statut muss dann auch angemessene Abfindung regeln, „Teil 2 B.II.3.a.bb.“.

<sup>463</sup> LG Berlin, GmbHR 1988, 70, 71; vgl. bei *Weßling*, Die Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 152; MüKo/ZPO/*Smid*, § 859, Rn. 29 und *Stein/Jonas/Brehm*, ZPO, § 859, Rn. 20

<sup>464</sup> Vgl. auch LG Berlin, GmbHR 1988, 70, 71.

<sup>465</sup> *Heuer*, ZIP 1998, 405, 406.

<sup>466</sup> Vgl. zu der Voraussetzung LG Hannover, DGVZ 1990, 140.

Verkauf (vgl. § 15 Abs. 1, 3 GmbHG) des Anteils an.<sup>467</sup> Dabei ist es auch dem Schuldner und Gläubiger erlaubt mitzubieten (vgl. §§ 816 Abs. 4 ZPO, 1239 BGB), sowie der GmbH selbst den Anteil zu erstehen.<sup>468</sup> Von vornherein nicht in Betracht kommt dagegen nach allgemeiner Auffassung die Anordnung der Zwangsverwaltung im Sinne des § 857 Abs. 4 ZPO.<sup>469</sup> Angesichts der Teilbarkeit der Anteile gemäß § 46 Nr. 4 GmbHG ist auch die Teilpfändung eines Anteils möglich, etwa wenn der Betrag der Vollstreckungsforderung unterhalb des Werts des Geschäftsanteils liegt. Die Veräußerung nach § 844 ZPO, führt dann zur Teilung des Geschäftsanteils.<sup>470</sup> Richtigerweise steht dieser Folge eine statutarische Regelung der Unteilbarkeit der Geschäftsanteile nicht entgegen.<sup>471</sup>

Dagegen können die Ansprüche auf Auszahlung des Gewinns, des Auseinandersetzungsguthabens oder eine Abfindung zur Einziehung überwiesen werden im Sinne des § 835 ZPO.<sup>472</sup>

Die Gesellschaft kann regelmäßig auf zwei Wegen die Verwertung abwenden: Sie kann den Gläubiger gemäß § 267 BGB befriedigen oder die titulierte Forderung gemäß §§ 268, 1273 Abs. 2, 1223 Abs. 2 BGB ablösen. Hierbei hat sie grundsätzlich freilich den geschuldeten Betrag zu entrichten.

## b. Angemessenheit der Verwertung

Im Rahmen der Verwertung gemäß § 844 ZPO kann erwogen werden, ob und inwieweit Anforderungen an den zu erzielenden Erlös zu stellen sind.

---

<sup>467</sup> Zum jeweiligen Ablauf siehe etwa die Darstellungen bei Keller/*Schrandt*, HdbZV, Kap. 3, Rn. 1117 ff.; hinsichtlich in der Vergangenheit vereinzelt ergangener abweichender Anordnungen siehe *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 112.

<sup>468</sup> KG, HRR 1933, Nr. 964; Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 207, für die GmbH freilich nach Maßgabe von § 33 GmbHG.

<sup>469</sup> Michalski/*Ebbing*, GmbHG, § 15, Rn. 241; Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 201; Hachenburg/*Schilling/Zutt*, GmbHG, Anh. § 15, Rn. 82; anders Stein/Jonas/*Brehm*, ZPO, § 844, Rn. 15.

<sup>470</sup> Vgl. *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 1615.

<sup>471</sup> *Schuler*, NJW 1960, 1423, 1425; siehe auch *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 1615.

<sup>472</sup> Allg. Auffassung, siehe nur etwa Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 199.

*aa. Forderung nach einem Angemessenheitserfordernis*

Dabei fordern viele, dass die Verwertung nur erfolgen dürfe, sofern der Preis oder der Versteigerungserlös *angemessen* ist.<sup>473</sup> Zur Gewährleistung dessen wurde teilweise die Einholung eines Sachverständigengutachtens durch das Gericht verlangt.<sup>474</sup> Dagegen wird auch dem Gericht die Schätzung des Werts und Festsetzung eines Mindestgebots nach pflichtgemäßem Ermessen eingeräumt.<sup>475</sup> Sofern das Vollstreckungsgericht keine Anordnung darüber getroffen habe, solle sogar der Versteigerer ein Mindestgebot festlegen dürfen.<sup>476</sup> Eine Präzisierung dieses Befugnis zur Schaffung von verlässlichen, vergleichbaren Kriterien wird jedoch nicht vorgenommen.

In gewisser Weise ist hier auch die munter diskutierte Frage zu verorten, ob (zumindest) ein Mindestgebot im Sinne des § 817a ZPO zu fordern ist. Dahingehend ist problematisch, ob § 817a ZPO (beziehungsweise § 813 ZPO) auch auf den freihändigen Verkauf oder die Versteigerung im Rahmen des § 844 ZPO anzuwenden ist.<sup>477</sup> Dies würde jedoch nur die Versteigerung unter der Hälfte des Werts verhindern und ist daher kaum geeignet die Angemessenheit näher auszugestalten. Von einem Angemessenheitserfordernis kann demnach in concreto nicht gesprochen werden.

---

<sup>473</sup> Vgl. nur LG Berlin DGVZ 1962, 173, 173; LG Hannover DGVZ 1990, 140; Zöller/Stöber, ZPO, § 844, Rn. 6 aE; Stöber, Forderungspfändung, Rn. 1473; MüKo/ZPO/Smid, § 844, Rn. 13; Weßling, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 155.

<sup>474</sup> LG Hannover, DGVZ 1990, 140; das AG Elmshorn sieht den Gerichtsvollzieher zur Bewertung außer Stande und verlangt daher die Schätzung durch das Gericht, DGVZ 1993, 190, 191; das LG Münster, DGVZ 1969, 172, sieht den Gerichtsvollzieher in der Pflicht den Schätzwert zu bestimmen, welcher einen Sachverständigen hinzuziehen kann.

<sup>475</sup> Stöber, Forderungspfändung, Rn. 1473, wonach das Gericht diese Festlegung treffen sollte und, soweit der Wert des Anteils zwischen den Parteien streitig sei, sogar müsse; vergleichbar dem Regelungsgehalt von § 817a ZPO in Höhe der Hälfte des Werts, Keller/Schrandt, Hdb. Zwangsvollstreckungsrecht, Kap. 3, Rn. 1127, der allerdings auch eine Versteigerung ansonsten zulässig findet, solange das Gebot *angemessen* sei; vgl. auch Schuschke/Walker/Schuschke, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, § 844, Rn. 4 aE.

<sup>476</sup> Vgl. LG Berlin, DGVZ 1962, 173, 173.

<sup>477</sup> Ablehnend die weit überwiegende Auffassung: LG Berlin DGVZ 1962, 173, 173; LG Krefeld, RPflegler 1973, 147, 148; AG Elmshorn, DGVZ 1993, 1991; Keller/Schrandt, HdbZV, Kap. 3, Rn. 1127; MüKo/ZPO/Smid, § 844, Rn. 13; Zöller/Stöber, ZPO, § 844, Rn. 6 aE; Stöber, Forderungspfändung, Rn. 1473; Schuschke/Walker/Schuschke, Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz, § 844, Rn. 4 aE; befürwortend LG Essen, NJW 1957, 108, 108; LG Münster, DGVZ 1969, 172; Petermann, RPflegler 1973, 387, 387; für die Anwendung von § 813 Abs. 1 ZPO aber gegen die Heranziehung des § 817a ZPO, AG Elmshorn, DGVZ 190, 190 f.

(1) *Angemessene Relation von Anteilswert und Erlös als Verschleuderungsschutz*

Daher soll der Frage nachgegangen werden, welche Anforderungen an die Angemessenheit zu stellen sind. Versuche das vielzitierte Erfordernis auszuschnürcen finden sich kaum. *Wertenbruch* formuliert dahingehend etwa lediglich, dass die für den Anteil vorgesehenen Verwertungsmöglichkeiten sicherstellen müssten, dass der Gläubiger denselben Wert des Anteils erhält, wie ihn auch der Schuldner beim Verkauf realisieren würde.<sup>478</sup> Diese Formel ist jedoch sowohl in personeller als auch in sachlich-zeitlicher Hinsicht zu eng. Richtig ist zwar, dass beide in dem Zeitpunkt der Verwertung denselben Wert erzielen können. Damit würde allerdings ausschließlich der Gläubiger vor einer unangemessenen Verwertung bewahrt. Der Schuldner-Gesellschafter wird nicht vor einer Veräußerung geschützt, die unter dem Anteilswert zurück bleibt. Mithin entspricht gerade es dem Zweck von § 844 ZPO den Schuldner vor Wertverlusten zu bewahren,<sup>479</sup> weshalb richtigerweise ein Verschleuderungsschutz zu berücksichtigen ist.<sup>480</sup> Weiterhin sind keine den Anteilswert mindernden Umstände, wie die Schwierigkeiten in der GmbH nach dem Ausscheiden des Schuldners in Folge der Verwertung oder die erzwungene schnelle Veräußerung erfasst. Ohnehin sagt die Formel über die zu erzielende, *angemessene* Relation von Anteilswert und Verwertungserlös nichts aus. Insbesondere schützt sie daher nicht vor der Verschleuderung des Anteils. Den Schuldner vor der Verschleuderung seines Vermögens zu bewahren entspricht dem verfassungsrechtlichen Schutz des Eigentums aus Art. 14 GG. Der Schutz vor einer solchen Vermögensverschleuderung durch die Zwangsvollstreckung ist im Einzelnen speziell geregelt.<sup>481</sup> Allerdings muss der Grundsatz darüber hinaus auch im Bereich der Verwertung nach § 844 ZPO Geltung entfalten und dies auch unabhängig von der Anwendung der Schutznorm des § 817a ZPO. Vielmehr steigert die vertretene Nicht-Heranziehung der Norm das Bedürfnis eines abstrakten Verschleuderungsschutzes.

Einen Anknüpfungspunkt bietet danach ein angemessenes Verhältnis zwischen dem eigentlichen zu errechnenden Anteilswert und dem Erlös. Dieses wäre dann in einem festzusetzenden Mindestgebot sicherzustellen. Unangemessen im Sinne

---

<sup>478</sup> *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, S. 658.

<sup>479</sup> LG Freiburg, DGVZ 1982, 186, 187; Prütting/Gehrlein/Ahrens, ZPO, § 844, Rn. 1.

<sup>480</sup> Am weitreichendsten wohl OLG Düsseldorf, RPfleger 2000, 400.

<sup>481</sup> „Teil 2 B.I.4.a., b.“.

des § 817a ZPO sind jedenfalls Erlöse, die geringer als die Hälfte des Anteilswertes sind. Weniger geeignet erscheint dabei die umgekehrte Herangehensweise, wonach die Angemessenheit solange unterstellt wird, bis der tatsächlich erzielte Erlös dieser Vermutung im Einzelfall nicht gerecht würde. Dies würde verlässliche Kriterien erfordern, deren Überprüfung der Versteigerer kaum gewährleisten kann.<sup>482</sup> Eine gestalterische Lösung ließe sich durch die sogleich zu vertiefende Verknüpfung von Mindesterloß und satzungsmäßigen Abfindungsentgelt erreichen.<sup>483</sup>

## *(2) (Keine) Berücksichtigung von Drittinteressen*

Zuletzt könnte man erwägen die Angemessenheit an den Forderungswert anzuknüpfen, derentwegen der Gläubiger Befriedigung sucht. Schließlich kann die Gesellschaft den Gläubiger gemäß § 267 BGB befriedigen oder die titulierte Forderung gemäß §§ 268, 1273 Abs. 2, 1223 Abs. 2 BGB ablösen. Somit kann es zu einer Dysbalance zwischen der (zu zahlenden) Forderung und dem im Anteil verkörperten Wert kommen, der durch die Verwertung realisiert werden kann. Richtig ist zwar, dass die GmbH den Anteil selbst ersteigern könnte (§§ 816 Abs. 4 ZPO, 1239 BGB, freilich unter Beachtung des § 33 GmbHG), sofern sie die übrigen Interessenten überbietet. Dadurch wären sie freilich dennoch zu einer finanziellen Aufwendung gezwungen. Allerdings sind Auswirkungen, die über die anerkannte Gefahr der Verschleuderung des Schuldnervermögens hinausgehen, nicht über das Angemessenheitserfordernis der Verwertung im Sinne des § 844 ZPO zu erfassen. Diese (mittelbaren) Auswirkungen stellen schließlich keine Folge der unangemessenen Verwertung des Anteils dar, sondern den Versuch diese abzuwenden.

### *bb. Bewertung des Geschäftsanteils*

Daher kann es erforderlich sein, den Geschäftsanteil zu bewerten. Sofern der Wert von Unternehmen und Geschäftsanteilen genau bestimmt werden soll, wird in der Praxis nach anerkannten Grundsätzen der Unternehmensbewertung vorgegangen. Inwieweit diese einen Richtwert oder eine Vorgabe für die Festlegung eines Mindestgebotes darstellen sollten, wird in einem zweiten Schritt untersucht.

---

<sup>482</sup> Vgl. im Ergebnis auch *Petermann*, RPfleger 1973, 387, 387 f., wonach dem Gerichtsvollzieher pauschal die Sachkunde fehle.

<sup>483</sup> Sogleich eingehend unter „Teil 3 A.II.3.b.bb.(2).“

### *(1) Anwendung der Grundsätze der Unternehmensbewertung*

Für das komplexe Feld der Unternehmensbewertung wird eine Reihe von Bewertungsmethoden vorgeschlagen. In objektiver Hinsicht kann auf die Substanz (den sogenannten Liquidationswert), auf die aktuellen Ergebnisse (das sogenannte Multiplikatorverfahren) beziehungsweise auf die zukünftigen finanziellen Erfolge abgestellt werden (die sogenannte Ertragswertmethode oder die sogenannte Discounted Cash Flow Methode, *CDF*).<sup>484</sup> In den letzten Jahren hat sich auf der Grundlage des Standards S1 des Instituts der Wirtschaftsprüfer in Deutschland e.V. (IdW) die Praxis auf das Ertragswertverfahren oder teilweise auch die Discounted Cash Flow Methode konkretisiert. Obgleich die Standards freilich keinen Normcharakter haben, bedient sich dieser grundsätzlich auch die Rechtsprechung.<sup>485</sup>

Entsprechend der bei der Unternehmensbewertung im konkreten Fall angewandten Methode ergeben sich mitunter erhebliche Bewertungsunterschiede. Folglich erscheint es geboten, im Rahmen der Berechnung des Anteilswerts zur Festlegung eines Mindestgebotes, eine einheitliche Vorgehensweise zu fordern. Insoweit sind die IdW-Standards mit dem Bewertungsgesetz (BewG) vergleichbar, welches zur einheitlichen (steuerlichen) Bewertung von Kapitalgesellschafts-Anteilen an die Ertragsaussichten der Gesellschaft anknüpft (vgl. § 11 Abs. 2 BewG)<sup>486</sup>. Aufgrund des vergleichbaren öffentlich-rechtlichen Charakters der Zwangsvollstreckung erscheint es sachgerecht, auch hier die Forderung nach einheitlichen Regeln oder zumindest Grundsätzen der Bewertung aufzustellen.

### *(2) Herstellung eines Gleichlaufs mit satzungsmäßigen Abfindungsregelungen?*

Die Satzungspraxis der GmbH sieht häufig eine Bestimmung vor, nach der ein gepfändeter Geschäftsanteil eingezogen wird, um das Eindringen Dritter in die Gesellschaft zu verhindern.<sup>487</sup> Im Falle der Einziehung eines Geschäftsanteils steht dem Gesellschafter grundsätzlich ein Anspruch auf eine Abfindung zu. Die Gesellschaft hat dabei einen gewissen statutarischen Gestaltungsspielraum, um bestimmten Besonderheiten Rechnung zu tragen. Gleichzeitig ist begrenzend anerkannt, dass es zu keinem groben Missverhältnis zum wirtschaftlichen Wert des

---

<sup>484</sup> Siehe dazu ausführlich Rotthege/Wassermann/Wassermann, Unternehmenskauf bei der GmbH, S. 164 ff.

<sup>485</sup> Vgl. etwa BGHZ 156, 57, 57 ff.; OLG Stuttgart NZG 2007, 112, 114.

<sup>486</sup> Dazu bei Stöber, Forderungspfändung, Rn. 1626.

<sup>487</sup> „Teil 2 B.II.3.a.bb.“.

Anteils, zu keiner Ungleichbehandlung der Gesellschafter und zu keiner Gläubigerbenachteiligung kommen darf.<sup>488</sup> Eine Beeinträchtigung der Gläubiger kann sich in Fällen der Zwangsvollstreckung dadurch ergeben, dass sich das Pfändungspfandrecht des Gläubigers auf die Abfindung erstrecken würde.

Vor dem Hintergrund dieser Satzungspraxis erscheint es sinnvoll, einen Gleichlauf zwischen den allgemeinen Grundsätzen der Anteilsbewertung und denjenigen der rechtmäßigen Abfindungsbeschränkung herzustellen. Anderenfalls könnte es zu dem widersinnigen Ergebnis kommen, dass eine Gesellschaft, deren Gesellschaftsvertrag eine Abfindungsregelung enthält, die Rechtsfolge (Zwangsabtretung oder -Einziehung) günstiger erreichen könnte, als durch Zahlung des Mindestgebots. Dort<sup>489</sup> wird entsprechend den IdW-Standards die *Ertragswertmethode* (oder die *CDF-Methode*) zur Errechnung des Unternehmenswerts herangezogen.

#### *cc. Problemkreis: Ermessensspielraum des Gerichts*

Darüber hinaus wird im Einzelnen kontrovers beurteilt, inwieweit Vollstreckungsgericht im Rahmen der Anordnung der Verwertung nach § 844 ZPO weitergehende Befugnisse zustehen. Ob dem Gericht der dafür erforderliche Ermessensspielraum zusteht, soll im Folgenden untersucht werden.

#### *(1) Befugnis zur modifizierten Anordnung und Parteidisposition*

Lässt man mit der herrschenden Ansicht eine Verwertung ausschließlich nach § 844 ZPO zu, so kann es in demselben Verfahren nicht mehr zu der Frage kommen, ob das Gericht die Rechte des Gläubigers (im Rahmen einer *Überweisung zur Einziehung*, vgl. § 835 ZPO) erweitern kann.<sup>490</sup> Das Gericht soll im Rahmen

---

<sup>488</sup> Etwa Römermann/*Seibt*, MAH GmbH-Recht, § 256 ff.

<sup>489</sup> „Teil 2 B.II.3.a.bb.“ mit entsprechenden Nachweisen.

<sup>490</sup> Relevant wird dies mit Blick auf die überwiegend befürwortete Befugnis, besondere Vereinbarungen hinsichtlich Zahlungsmodalitäten zu treffen oder Vergleiche zu vereinbaren. Vgl. Stein/Jonas/*Brehm*, ZPO, § 844, Rn. 14; MüKo/ZPO/*Smid*, § 844, Rn. 10; Musielak/*Becker*, ZPO, § 844, Rn. 4, wenn dies zur Vermeidung einer Haftung aus § 842 ZPO dienlich ist. Gleichzeitig mit der ausdrücklichen Einschränkung, dass die Interessen des Schuldners dadurch nicht beeinträchtigt werden, § 835, Rn. 7 aE; etwas pauschal Prütting/*Gehrlein/Ahrens*, ZPO, § 844, Rn. 9 aE, der eine Befugnis des Gerichts annimmt die „Verwertungsformen zu modifizieren“; dagegen wohl nur *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 1479; vgl. logischerweise auch *Zöller/Stöber*, ZPO, § 844, Rn. 2, der darin eine weitergehende Beeinträchtigung der Schuldnerinteressen gegenüber der Ausgangslage in der ursprünglichen Pfändung sieht. Richtigerweise darf es zu einer Beeinträchtigung der Schuldnerinteressen nicht kommen. Einzelne Anordnungen können mitunter durchaus im Interesse des Schuldners sein, vgl. Musielak/*Becker*, ZPO, § 842, Rn. 2.



der Anordnung der konkreten *anderen Verwertungsart* im Sinne des § 844 ZPO diejenige wählen, die den höchsten Erlös erwarten lässt. Inwieweit darüber hinaus ein Vorschlag der die Verwertung beantragenden Vollstreckungspartei Berücksichtigung finden kann erscheint nicht eindeutig.<sup>491</sup> Schließlich wird das Gericht dem Vorschlag nur entsprechen, sofern die Aussicht auf einen höchstmöglichen Erlös besteht. Das Gericht wird daher einen wirklichen Spielraum allenfalls in den Fällen haben können, in denen sich die Parteien hinsichtlich einer Verwertungsart einig sind, auch wenn das Gericht eine andere für ertragreicher erachtet.

Richtig ist zwar, dass den Parteien, anders als im Erkenntnisverfahren, die Disposition über das Vollstreckungsverfahren weitestgehend entzogen ist.<sup>492</sup> Allerdings stellt sich eine Einigung zwischen Schuldner und Gläubiger über die Verwertung als unproblematisch dar: Die Anordnung der Verwertung nach § 844 ZPO erfolgt regelmäßig unabhängig von dem bis dahin durchlaufenen Pfändungsverfahren. Eine parteiliche Absprache erfolgt somit nur konkret hinsichtlich der Verwertung und nicht etwa im Vorfeld hinsichtlich grundlegender Vollstreckungsvoraussetzungen oder dem Schuldnerschutz. Dabei werden die Parteien kaum jemals eine Absprache treffen, die einen geringeren Erlös erwarten lässt, sofern dies nicht jedenfalls im Interesse der Parteien liegt.

## *(2) Berücksichtigung von Schuldner- und Drittinteressen*

Eine weitere Frage betrifft die Befugnis des Gerichts auch möglicherweise betroffene Drittinteressen zu untersuchen und zu berücksichtigen.<sup>493</sup>

### *(a) Problemaufriss*

*Wiedemann* erwägt, dem Gericht die Befugnis einzuräumen, die Gesellschaft zur Benennung eines Erwerbers für den zu verwertenden Anteil zu ermächtigen. Grundlage dafür könnte die konkrete Verwertungsanordnung im Sinne des

---

<sup>491</sup> Dahingehend widersprüchlich *Weßling*, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 157 f.

<sup>492</sup> Das Vollstreckungsverfahren führt regelmäßig zu unmittelbar spürbaren Folgen, erfordert daher eine „feste Form“, *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 6.19.

<sup>493</sup> *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 203, stellt einen Teil dieses Problems im Rahmen der Möglichkeiten der Gesellschaft der statutarischen Beschränkungen dar. Dies ist wenig überzeugend, da es gerade nicht um Satzungsgestaltung, sondern die Befugnisse des Gerichts geht.

§ 844 ZPO darstellen.<sup>494</sup> Dabei weist er auf das Risiko hin, dass der Gläubiger benachteiligt werden könnte, wenn ihm durch die Vorgehensweise eine vorteilhafte Verwertung entgeht.<sup>495</sup> Hier zeigt sich letztlich eine differenzierte Betrachtung, die jedenfalls im Ausgangspunkt die Interessen der Gesellschaft im Blick hat. Voraussetzung sei demnach nur die Sicherstellung der (monetären) Gläubigerinteressen.

Diesen Aspekt erfasst *Wolany's* Ansatz, der zur Erfassung des im Übrigen realisierbaren Verwertungserlöses die Verwertung *bedingt* durchführen lassen will.<sup>496</sup> Die Bedingung lautet dann auf einen durch die Gesellschaft zu benennenden Erwerber, der jenen im Übrigen realisierbaren Erlös zu zahlen bereit ist. Dabei droht jedoch eine nicht vorgesehene Bevorzugung der Interessen der Gesellschaft (als Drittem).<sup>497</sup> Weiterhin liefe einer derartigen Vorgehensweise der Zweck des § 471 BGB zuwider.<sup>498</sup>

Ungeachtet der Frage, ob der Gläubiger (monetär) beeinträchtigt sein kann, verneint *Weßling* grundsätzlich die Befugnis des Gerichts die Interessen Dritter zu berücksichtigen.<sup>499</sup> Dabei spricht er eine Steuerung der Verwertungsart nur den Vollstreckungsparteien zu. Würde man die Interessen Dritter berücksichtigen, so rücken die Interessen der Parteien in den Hintergrund. Dies hätte letztlich zur Konsequenz, dass der Dritte lenkend in die Vollstreckung eingreifen könnte.

### (b) Würdigung

Richtigerweise kommt es auf die Vereinbarkeit mit § 471 BGB nicht an. Eine solche Anordnung des Gerichts stellt gerade kein nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen vereinbartes Vorkaufsrecht dar, weswegen auch der Zweck der Ausnahmeregelung, die Vereinbarung einzuschränken für den Fall der Zwangsvollstreckung, nicht recht passt. Vielmehr kann es nur um die Frage

---

<sup>494</sup> *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 439 f., leitet diese Möglichkeit aus dem österreichischen und schweizer Recht ab, welche dafür eine gesetzliche Handhabe vorsahen: Die Gesellschaft wäre als Hilfsorgan im Verfahren mit der Benennung betraut; vgl. etwa § 76 Abs. 3 GmbHG.

<sup>495</sup> *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, S. 440.

<sup>496</sup> *Wolany*, Die Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, S. 141 f.

<sup>497</sup> *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 203.

<sup>498</sup> *Scholz/Seibt*, GmbHG, § 15, Rn. 203.

<sup>499</sup> *Weßling*, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 158.

gehen, ob die zugrundeliegende Norm des § 844 ZPO dem Gericht solch weitreichende Kompetenzen einräumt, die Verwertung (im Interesse Dritter) dergestalt zu modifizieren.

In gewisser Weise besteht eine Parallelproblematik mit Blick auf die Befugnis des Gerichts zur Erweiterung der Gläubigerrechte.<sup>500</sup> Dort wird überwiegend angenommen, dass dem Gericht im Rahmen der Verwertungsanordnung gemäß § 844 ZPO auch die Befugnis zustehen kann, über die Entscheidung der konkreten anderen Verwertungsart hinaus, Modifizierungen zu treffen. Maßgeblich sei dabei, dass keine Interessen der anderen Partei beeinträchtigt werden. Folglich erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dem Gericht einen Spielraum für die Verwertungsanordnung zuzubilligen. Übertragen auf die Frage des Spielraums der Berücksichtigung von Drittinteressen kann festgehalten werden, dass eine allzu starre Lesart des § 844 ZPO nicht zwingend erscheint. Die Berücksichtigung von Drittinteressen ist auch nicht mit Blick auf die Interessen der Vollstreckungsparteien ausgeschlossen. Allerdings schließt sich eine Steuerung durch die Parteien und die Berücksichtigung von Drittinteressen nicht zwingend aus: Sofern die Interessen einer der Parteien mit den Drittinteressen kongruent sind, schlägt *Weßlings* Abgrenzung fehl. Eine solche Konstellation kann sich regelmäßig etwa dann ergeben, wenn der Gläubiger auch Gesellschafter der GmbH ist. Ferner kann auch der Schuldner ein Interesse an dem Schutz der Gesellschaft haben, insbesondere wenn er weitere Anteile an der Gesellschaft hält oder aus sonstigen Gründen am Wohl der GmbH interessiert ist.<sup>501</sup> Stellt man die Prämisse eines höchstmöglichen Verwertungserlöses in den Vordergrund, so wären weitere Umstände unberücksichtigt. Möchte man dem Gericht demnach die Befugnis zusprechen, im Rahmen der Verwertungsanordnung gemäß § 844 ZPO auch Modifikationen vorzunehmen, so erscheint die Eigenschaft als „Dritter“ nicht beachtlich. Entscheidend ist die Wahrung der Interessen der Parteien an einer höchstmöglichen Verwertung.

Keine Zweifel bestehen indes hinsichtlich der Befugnis des Gerichts, die Verwertung nach § 844 ZPO gänzlich abzulehnen,<sup>502</sup> sofern die Interessen des Schuldners an einer angemessenen Verwertung über § 844 ZPO nicht sicherge-

---

<sup>500</sup> Vorstehend „Teil 3 A.II.3.b.cc.(1)“.

<sup>501</sup> Zur Verbundenheit zu der GmbH aus ideellen oder persönlichen Gründen „Teil 2 B.II.1.c.“.

<sup>502</sup> OLG Düsseldorf Beschluss v. 20.3.2000 – 3 W 429/99 mit Kurzkomentar *Müller*, EWIR 2000, 601, 601 ff.; MüKo/ZPO/*Smid*, § 844, Rn. 10 m.w.N.

stellt sind. Dies wiederum macht deutlich, dass die beiderseitigen Parteiinteressen an einer höchstmöglichen und angemessenen Verwertung im Mittelpunkt der anderweitigen Verwertung im Sinne der Norm stehen. Diese sicherzustellen kann es mitunter erforderlich machen, dem Gericht die Entwicklung auf den Einzelfall zugeschnittener Lösungen anheim zu stellen. Die Berücksichtigung von Interessen Dritter darf also keineswegs zu einem anderen Ergebnis führen. Eine weitergehende Einschränkung ist der Norm jedoch nicht zu entnehmen.

Insgesamt ist bei drohender Verschleuderung ultima ratio sogar die Verweigerung der Verwertung anerkannt. Inwieweit allerdings betroffene Drittinteressen eine Modifikation der Verwertungsart rechtfertigen können, erscheint weniger eindeutig. Sofern der Regelungszweck, die höchstmögliche Verwertung sicherzustellen, gewährleistet ist, ergeben sich mit Blick auf die Besonderheiten des Verwertungsverfahrens keine zwingenden Argumente gegen die Berücksichtigung.

### c. Mitwirkungserfordernis aus § 844 Abs. 2 ZPO

Die Verwertungsanordnung ergeht auf Antrag einer Partei (vgl. § 844 Abs. 1 ZPO). Gemäß § 844 Abs. 2 ZPO ist grundsätzlich die jeweils andere Partei als „Gegner“ zu hören, es sei denn der Antrag wird abgelehnt.<sup>503</sup> Ob darüber hinaus angesichts des engen Wortlauts auch die Anhörung des Drittschuldners erforderlich ist, wird uneinheitlich beurteilt.<sup>504</sup> Dabei wird scheinbar vorschnell von vielen die ablehnende Haltung im Schrifttum als herrschend ausgemacht.<sup>505</sup> Weshalb der Drittschuldner nicht auch einen Anspruch auf rechtliches Gehör nach Art. 103 GG haben sollte erschließt sich nicht, schließlich wird er mit der Zustellung des Pfändungsbeschlusses höchst selbst Adressat bestimmter Pflichten.<sup>506</sup> Der strikte Verweis auf den Wortlaut des § 844 Abs. 2 ist letztendlich nicht zwingend, da der Begriff „Gegner“ unzweifelhaft auch etwa Pfandgläubiger erfassen kann. Es erscheint stringent bei einer wichtiger werdenden Stellung des Drittschuldners im Verfahren der Pfändung (vgl. etwa § 840 ZPO) und mitunter auch der Verwertung, spiegelbildlich die Rechte zu stärken. Dabei hat das

---

<sup>503</sup> Vgl. Prütting/Gehrlein/Ahrens, ZPO, § 844, Rn. 4; Darüber hinaus sind auch Gläubiger mit einem besserrangigen Pfandrecht „Gegner“ im Sinne der Norm, siehe etwa Zöller/Stöber, ZPO, § 844, Rn. 5; Musielak/Becker, ZPO, § 844, Rn. 2; bzw. wohl jeder Pfandrechtsgläubiger, sofern der Schuldner Antragssteller ist, Keller/Schrandt, HbdZV, Rn. 1124.

<sup>504</sup> Für ein solches Erfordernis Stein/Jonas/Brehm, ZPO, § 844, Rn. 4; Musielak/Becker, ZPO, § 844, Rn. 2; Prütting/Gehrlein/Ahrens, ZPO, § 844, Rn. 4; Zöller/Stöber, ZPO, § 844, Rn. 5 „kann zweckdienlich sein“; dagegen HK-ZPO/Kemper, § 844, Rn. 8.

<sup>505</sup> Vgl. Stein/Jonas/Brehm, ZPO, § 844, Rn. 4; auch heute noch MüKo/ZPO/Smid, § 844, Rn. 6.

<sup>506</sup> Vgl. dazu unter „Teil 3 A.I.2.“.

OLG Frankfurt<sup>507</sup> frühzeitig ein Beschwerderecht der GmbH angenommen, da durch die Anordnung der Verwertung die Interessen der GmbH in „erheblichem Maße“ berührt würden. Die Einbeziehung der GmbH ist somit nicht zuletzt sinnvoll, um spätere Rechtsbehelfe zu vermeiden.<sup>508</sup>

### III. Problematische Pfändungen im Übrigen

Im Folgenden soll untersucht werden, in welchen weiteren Fällen die Pfändung problematisch sein kann. Besondere Schwierigkeiten ergeben sich an der Schnittstelle zum GmbH-Recht zum einen hinsichtlich der Pfändung einer Stammeinlagenforderung durch einen Gläubiger der Gesellschaft angesichts der drohenden Kollision mit dem Grundsatz der Kapitalerhaltung. Zum anderen wird die Zulässigkeit einer Pfändung der GmbH-spezifischen Einsichts- und Informationsrechte der Gesellschafter gemäß § 51a GmbHG nicht einheitlich beurteilt.

#### 1. Pfändung einer Stammeinlage

Die GmbH hat einen Anspruch gegen ihre Gesellschafter auf Leistung ihrer Stammeinlage aus der Übernahme der Geschäftsanteile. Diese Forderung kann nach den Bestimmungen über die Pfändung von Geldforderungen nach den §§ 829 ff. ZPO grundsätzlich durch die Gläubiger der Gesellschaft gepfändet werden.

##### a. Die Einzahlung auf die Geschäftsanteile

Die Gesellschafter einer GmbH sind verpflichtet entsprechend der Höhe ihrer Geschäftsanteile die Stammeinlage in Geld einzuzahlen.<sup>509</sup> Die Rechtsgrundlage für die Einlagenforderung schafft die Übernahme des Geschäftsanteils, vgl. § 14 S. 1 GmbHG. Dabei ist der Inhaber des Geschäftsanteils im Fälligkeitszeitpunkt zugleich Schuldner der Forderung. Wird der Anteil übertragen, haftet der im Handelsregister eingetragene Erwerber im Sinne des § 16 Abs. 1 GmbHG gesamtschuldnerisch mit dem Verkäufer für bisherige rückständige Einlagenforderungen, vgl. § 16 Abs. 2 GmbHG. Auch hier kommt dem Zeitpunkt der Fälligkeit der Forderung somit eine maßgebliche Bedeutung zu. Für den Eintritt der Fälligkeit muss zunächst differenziert werden. Die sogenannte Mindesteinlage im Sinne des

---

<sup>507</sup> OLG Frankfurt, RPfleger 1976, 372, 372.

<sup>508</sup> Die GmbH könnte gegen den Beschluss, der die Verwertung nach § 844 ZPO anordnet, mit der (sofortigen) Beschwerde vorgehen, OLG Frankfurt RPfleger 1976, 372, 372.

<sup>509</sup> Einlagen die nicht in Geld erbracht werden (Sacheinlagen) sind schon vor der Anmeldung der Gesellschaft ins Handelsregister zu leisten, vgl §§ 7 Abs. 3, 56a GmbHG; vgl. Michalski/*Ebbing*, GmbHG, § 19, Rn. 7.

§ 7 Abs. 2 GmbHG kann durch die Geschäftsführer der GmbH sofort oder zu einem statutarisch vorgesehenen Zeitpunkt eingefordert werden.<sup>510</sup> Die Fälligkeit der fehlenden Resteinlage hingegen bestimmt sich nach einem eindeutigen gesellschaftsvertraglichen Zeitpunkt,<sup>511</sup> oder – bei Fehlen dieser Fälligkeitsregelung – mit Fassung eines Gesellschafterbeschlusses (vgl. § 46 Nr. 2 GmbHG) die Geschäftsführer anzuweisen, die Einzahlung anzufordern.<sup>512</sup>

## b. Pfändungsbedingte Begrenzung der Freiheit der Gesellschafter

Nach dem soeben Gesagten ergibt sich grundsätzlich eine Freiheit der Gesellschafter, im Rahmen der satzungsmäßigen Gestaltung der Fälligkeit der Einlagenforderung oder letztlich durch Fassung des Gesellschafterbeschlusses.<sup>513</sup> Dieses Ermessen der Gesellschafter besteht zwar nicht uneingeschränkt und kann hinsichtlich des Fälligkeitszeitpunktes zum Schutze der Kapitalerhaltung begrenzt sein. Danach trete nach vorherrschender Auffassung mit dringendem Kapitalbedarf ipso iure die Fälligkeit ein.<sup>514</sup> Roth will dabei Fälligkeitsregelungen eine Außenwirkung unabhängig von einer möglichen Unterschreitung des Mindeststammkapitals gänzlich versagen,<sup>515</sup> es handele sich um eine lediglich gesellschaftsinterne Freiheit. Ungeachtet seiner konkreten Reichweite wird dieses Ermessens jedenfalls mit der Pfändung der Einlagenforderung beschnitten. Die Pfändung ist auch vor der Fälligkeit möglich, da die Forderung nach allgemeinen Grundsätzen im Zeitpunkt der Pfändung noch nicht fällig sein muss.<sup>516</sup> Die Pfändung der Einlagenforderung ersetzt einen Einforderungsbeschluss der Gesellschafter und hat überdies die sofortige Fälligkeit zur Folge.<sup>517</sup>

---

<sup>510</sup> Ein vorheriger Gesellschafterbeschluss ist dafür nicht erforderlich. Die Satzung kann allerdings einen abweichenden Fälligkeitszeitpunkt oder auch ein Beschlusserfordernis vorsehen, Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 19, Rn 6; vgl. auch MüKo/GmbHG/Märtens, § 19, Rn. 14.

<sup>511</sup> BGH, NJW-RR 1991, 926, 928.

<sup>512</sup> Vgl. BGH, MDR 1961, 953, 953 f.; inwieweit der Fälligkeitszeitpunkt aus Gründen des Gläubigerschutzes im Ermessen der Gesellschafter steht, siehe sogleich „Teil 3 A.III.1.b.“.

<sup>513</sup> Vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 19, Rn. 8; Ulmer/Casper, GmbHG, § 19, Rn. 13; Michalski/Ebbing/GmbHG, § 19, Rn. 12; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, § 19, Rn. 10.

<sup>514</sup> MünchHdbGesR/Gummert, GmbH § 50, Rn. 13; MüKo/GmbHG/Märtens, § 19, Rn. 23.

<sup>515</sup> Roth/Altmeyen/Roth, GmbHG, § 19, Rn. 9.

<sup>516</sup> Keller/Steder, HdbZV, Kap. 3, Rn. 25.

<sup>517</sup> Schon etwa RGZ 131, 146, 147; 149, 293, 301; Michalski/Ebbing, GmbHG, § 19, Rn. 18 m.w.N.; weitere Fälle sind die Einforderung der Einlagenforderung durch den Insolvenzverwalter oder durch den Liquidator, MüKo/GmbHG/Märtens, § 19, Rn. 17 m.w.N., auch zu der umstrittenen Frage, ob auch die Abtretung der Einlagenforderung die Fälligkeit zur Folge hat.

### c. Kapitalerhaltungsgrundsatz und Vollstreckungsrecht

Weiterhin ist zu beachten, dass die Einlagenforderung die Kapitalaufbringung der Gesellschaft sicherstellen soll. Als wesentlicher Grundpfeiler statuiert § 19 Abs. 2, Abs. 3 GmbHG den Grundsatz der realen Kapitalaufbringung, wonach zwingend Befreiungen von der Verpflichtung zur Leistung der Einlagen unzulässig sind.<sup>518</sup> Dabei soll einerseits die Wahrung der Interessen der Gesellschaft, andererseits die der Gesellschaftsgläubiger gewahrt werden.<sup>519</sup> Pfändet allerdings ein Gesellschaftsgläubiger die Forderung, so kann es folglich zu einer Kollision mit dem gesellschaftsrechtlichen Kapitalaufbringungsgrundsatz kommen.

#### aa. Meinungsstand zum Vollwertigkeitsprinzip

##### (1) Traditionelle Auffassung

Daher wird traditionell und wohl immer noch überwiegend gefordert, dass die Pfändung nicht zu einem Verlust des Geldwertes der erfassten Forderung führt, mithin der Vermögensstand nicht geschmälert wird.<sup>520</sup> Maßgebliches Kriterium dafür sei die *Vollwertigkeit* der durch den Gläubiger an die Gesellschaft erbrachten Gegenleistung an die Gesellschaft.<sup>521</sup> Diese Auffassung ihren wesentlichen Ursprung in der Annahme des Reichsgerichts, dass der Gläubiger die Forderung zwar erwerben kann, jedoch nur nach der einschränkenden Maßgabe des § 19 Abs. 1 GmbHG.<sup>522</sup> Dabei werden einige Ausnahmen zugelassen, denen gemein ist, dass der Zweck der Kapitalaufbringung oder -erhaltung nicht mehr gefährdet werden kann.<sup>523</sup> Der die Vollstreckung betreibende Gläubiger habe die Vollwertigkeit schon im Pfändungsantrag schlüssig darzulegen.<sup>524</sup>

---

<sup>518</sup> Vgl. Scholz/*Veil*, GmbHG, § 19, Rn. 44 ff. auch hinsichtlich der ausführlichen Darstellungen hinsichtlich der einzelnen vom Umfang des Befreiungsverbots erfassten Rechtshandlungen.

<sup>519</sup> Scholz/*Veil*, GmbHG, § 19, Rn. 109; *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 345; vgl. auch *K. Schmidt*, ZHR 1993, 291, 292.

<sup>520</sup> *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 345.

<sup>521</sup> Wohl (noch) herrschende Auffassung, schon RGZ 133, 81, 82; 149, 293, 298; BGH 53, 71, 71 f.; BGH, NJW 1992, 2229; OLG Frankfurt, GmbHR 1977, 249; OLG Hamburg, ZIP 2006, 1677; Roth/Altmeppen/*Roth*, GmbHG, § 19, Rn. 11; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, GmbHG, § 19, Rn. 38; grundsätzlich auch MüKo/GmbHG/*Märtens*, § 19, Rn. 132; Michalski/*Ebbing*, GmbHG, § 19, Rn. 117.

<sup>522</sup> RGZ 76, 434, 437; 133, 81, 82; 149, 293, 300.

<sup>523</sup> Baumbach/Hueck/*Fastricht*, GmbHG, § 19, Rn. 42; Scholz/*Veil*, GmbHG, § 19, Rn. 109 mit Aufzählung der in Betracht kommenden Konstellationen, etwa der Liquidation der Gesellschaft.

<sup>524</sup> RG 133, 81; OLG Köln NJW-RR 1996, 939, 940; *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 345 aE.

## (2) Abweichende Stimmen

Allerdings findet sich eine Reihe von Stimmen in der Literatur und Rechtsprechung, die eine abweichende Beurteilung treffen. Dabei wird teilweise, ausgehend von dem prominenteren Parallelproblem der Zulässigkeit der Abtretung von Einlageforderungen, das Erfordernis der Vollwertigkeit in Zweifel gezogen.<sup>525</sup> Nach der Erfüllung der Einlagenforderung sei die Gesellschaft frei in allen Verfügungen, weshalb es dem GmbH-Recht zuwiderliefe, bestimmte Rechts-handlungen einzuschränken.<sup>526</sup>

*K. Schmidt* dagegen knüpft aus umgekehrtem Blickwinkel an der Position des Gesellschaftsgläubigers an. Der Kapitalschutz des Kapitalgesellschaftsrechts adressiert die Gesellschafter und nicht die Gläubiger der Gesellschaft.<sup>527</sup> Daher sei es nicht vertretbar, Forderungen dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen.

Indes macht *Berger* deutlich, dass bei der Pfändung einer Forderung gerade keine Gegenleistungspflicht des (Vollstreckungs-)Gläubigers gegeben ist.<sup>528</sup> Daher fehle es bei dem Verfahren der Durchsetzung der titulierten Forderung schon grundsätzlich an einem geeigneten Anknüpfungspunkt. Schließlich sei es gerade das Ziel der Vollstreckung, die Befreiung von einer Verbindlichkeit zu erreichen, und dürfe daher nicht auch deren Voraussetzung sein.<sup>529</sup> Fordert man gleichwohl das Korrektiv der Vollwertigkeit, verstoße man gegen Prinzipien des Vollstreckungsrechts (insbesondere das Prioritätsprinzip). Zuletzt ergäben sich praktische Unwägbarkeiten im Rahmen der schwierigen Bewertung.<sup>530</sup>

*Vollmer* verneint die Gleichbehandlung sämtlicher Gesellschaftsgläubiger unter Verweis auf jenes Prioritätsprinzip.<sup>531</sup> Danach gelte es, den (ersten) Vollstreckungsgläubiger unabhängig von möglichen anderen Gläubigern der Gesellschaft hoheitlich zur Durchsetzung seines Anspruchs zu verhelfen. Im Übrigen

---

<sup>525</sup> Die Vergleichbarkeit der Fälle wird auch in BGH, BB 1976, 852, 853 deutlich; vgl. dazu auch *K. Schmidt*, ZHR 1993, 291, 302 f.

<sup>526</sup> *Müller*, GmbHR 1970, 57, 58 f., wonach dies einem Vorbehalt gleichkäme, dass die GmbH nur in einer „wirtschaftlich sinnvollen Weise“ verfügen dürfe, 59.

<sup>527</sup> „Gesellschaftsgläubiger als Garant der Kapitalaufbringung“, *K. Schmidt*, ZHR 1993, 291, 300, 303 f.

<sup>528</sup> *Berger*, ZZP 1994, 29, 29 f.

<sup>529</sup> *Berger*, ZZP 1994, 29, 36.

<sup>530</sup> *Berger*, ZZP 1994, 29, 37.

<sup>531</sup> *Vollmer*, GmbHR 1998, 579, 581.



würden ansonsten die vollstreckungsrechtlich vorgesehenen Grenzen der Unpfändbarkeit bei weniger solventen Gesellschaften ausgeweitet.<sup>532</sup> Überdies vertritt er, dass die praktischen Konsequenzen nicht tragbar wären, wollte man die Prüfung der Vollwertigkeit schon dem Vollstreckungsgericht aufbürden.<sup>533</sup>

*Wertenbruch* kommt zu dem Schluss, dass die Übertragung des Vollwertigkeitsprinzips auf Fälle der Pfändung gegen den elementaren zwangsvollstreckungsrechtlichen Grundsatz verstoße, dass man mit dem verfügbaren Vermögen unbeschränkt haftet.<sup>534</sup> Darüber hinaus weist er auf das praktische Dilemma des Vollwertigkeitserfordernisses hin. Schließlich würde das Vollstreckungsgericht die Forderung keiner Vollwertigkeitsprüfung, sondern mithin nur einer Plausibilitätsprüfung unterziehen.<sup>535</sup> Wollte man nun (erst) im Rahmen der Einziehung der Forderung die Vollwertigkeit überprüfen, so kann sich im Nachhinein die Unwirksamkeit des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses ergeben.<sup>536</sup>

#### *bb. Stellungnahme*

Die (vormals) überwiegende Auffassung lässt hier den Einfluss von gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen dergestalt zu, dass konfligierende Prinzipien des Vollstreckungsrechts hintanstellen müssen. Dabei werden die Grundsätze des Kapital-schutzes und der Gleichbehandlungsgrundsatz aus § 19 Abs. 1 GmbHG bisweilen durcheinander geworfen. Eine gesetzliche Handhabe im Prozessrecht gibt es jedoch nicht. Die Grundsätze der Kapitalaufbringung beziehungsweise dessen Erhaltung entstammen dem GmbH-Recht. Als solche verpflichten sie keineswegs auch außerhalb der Gesellschaft stehende Gläubiger. Überdies ist die *gleichmäßige* Befriedigung sämtlicher Gläubiger der Gesellschaft nicht vom Zweck der genannten Grundsätze erfasst.<sup>537</sup> Selbst wenn man eine Überlagerung dieser Grundsätze in das Zwangsvollstreckungsrecht zulassen möchte, so würden diese zusätzlich über ihren eigentlichen Zweck ausgedehnt. Eine solche gleichmäßige Behand-

---

<sup>532</sup> *Vollmer*, GmbHR 1998, 579, 581.

<sup>533</sup> „Überhäufung des streng formalisierten Verfahrens“, *Vollmer*, GmbHR 1998, 579, 581.

<sup>534</sup> *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, S. 355.

<sup>535</sup> *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, S. 411.

<sup>536</sup> Dies durchbreche das Abstraktionsprinzip, *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, S. 409, 413.

<sup>537</sup> BGHZ 53, 71, 74.

lung der Gläubiger kann man nur im Bereich der Abtretung von Forderungen verlangen.<sup>538</sup> Der Gleichbehandlungsgrundsatz des § 19 Abs. 1 GmbHG betrifft das verbandsinterne Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Daher kann der Gläubiger den Einwand aus § 19 Abs. 1 GmbHG als Nicht-Gesellschafter nicht geltend machen. Die historische Entwicklung des Vollwertigkeitsprinzips ging maßgeblich auf die Fälle der Abtretung beziehungsweise Aufrechnung zurück.<sup>539</sup> Obgleich eine Reihe von Parallelen zur Pfändung der Einlagenforderung besteht, dürfen die existierenden Unterschiede nicht verkannt werden. Darüber hinaus ist die Mitwirkung des Vollstreckungsgläubigers im Verfahren der Zwangsvollstreckung nicht dergestalt gefordert, dass dieser die Vollwertigkeit schlüssig darzulegen hat. Eine gerichtliche Überprüfung der Vollwertigkeit sieht das Verfahren nicht vor.

*Wertenbruch* als Gegner eines Vollwertigkeitserfordernisses entscheidet sich zugunsten der Haftung des einzelnen Schuldners in der Vollstreckung gegenüber des gesellschaftsrechtlich vorgesehenen *abstrakten* Gläubigerschutzes. Die Stimmen, die eine Vollwertigkeit ablehnen lassen allerdings die doppelte Zwecksetzung des Kapitalschutzes außer Acht, wonach auch der Gesellschaft zur Wahrung ihrer Interessen die nötige Kapitalgrundlage erhalten bleiben soll. Im Rahmen der gängigen Diskussion finden die Interessen der Gesellschafter beziehungsweise der Gesellschaft keinen Platz.

Insgesamt ist es zwar richtig, dass die Grundsätze der Kapitalaufbringung und -erhaltung aufgrund ihrer weitreichenden Tragweite berücksichtigt werden sollten. Allerdings scheint es bedenklich dabei elementare Grundsätze, die zugrundeliegende Mechanik und nicht zuletzt das finale Ziel des Vollstreckungsverfahrens außer Kraft zu setzen. Man würde einem Gläubiger *in casu* die Befriedigung versagen, um *abstrakt* weiteren Gläubigern die Haftungsmasse zu erhalten (die sie wiederum nur realisieren können, wenn sie im Einzelvollstreckungs- oder Insolvenzverfahren berücksichtigt würden). Insgesamt erscheint einerseits das Vollwertigkeitsprinzip das Prozessrecht bedenklich weit zu überlagern. Andererseits ist es grundsätzlich zu begrüßen, wichtige Grundsätze anderer Rechtsgebiete im Vollstreckungsverfahren trotz bestehender Formalisierung nicht gänzlich zu missachten. Angesichts der undurchsichtigen Meinungslage

---

<sup>538</sup> Vgl. BGHZ 69, 274, 282; BGH, NJW 1980, 2253.

<sup>539</sup> Siehe für eine ausführliche Darstellung der historischen Entwicklung schon bei *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, S. 366 ff.; dazu auch *Berger*, ZZP 1994, 29, 30 ff.

wäre hier der Gesetzgeber gefordert, eine transparente und praktisch umsetzbare Lösung zu schaffen.

*cc. (Kein) Sonderfall: Erstattungsansprüche der Gesellschaft*

Die Erstattungsansprüche der Gesellschaft an die Gesellschafter oder auch einen Geschäftsführer auf Grund eines Verstoßes gegen § 30 GmbHG sind ebenfalls pfändbar.<sup>540</sup> Diesem Erstattungsanspruch liegt der Zweck zu Grunde, die Kapitalgrundlage der Gesellschaft zu erhalten. Daher knüpft die Norm an die Kapitalaufbringung an und sichert die Haftungsmasse im Interesse des Rechtsverkehrs (Kapitalerhaltungsgrundsatz). Daher ist es sachgerecht, die gefundenen Ergebnisse zu übertragen.<sup>541</sup>

## 2. Pfändung des Einsichts- und Informationsrechts, 51 a GmbHG

Gemäß § 51a GmbHG stehen den Gesellschaftern einer GmbH qua ihrer Mitgliedschaft umfassende Auskunfts- und Einsichtsrechte zu. Inwieweit der Privatgläubiger eines Gesellschafters auf diese im Zwangsvollstreckungsverfahren zugreifen kann, stellt seit jeher Gegenstand von Diskussionen dar.

### a. Bedeutung und Umfang der Rechte

Aufgrund der Mitgliedschaft in der GmbH steht jedem Gesellschafter das Recht auf Information gegenüber der Gesellschaft zu. Dabei ist das Stammrecht untrennbar mit der Mitgliedschaft verbunden (Abspaltungsverbot).<sup>542</sup> Die im Einzelnen daraus abzuleitenden Ansprüche können auf Antrag des Gesellschafters auch gerichtlich durchgesetzt werden (§ 51b GmbHG).<sup>543</sup> Dieses „eigennützige“<sup>544</sup> Recht ist abzugrenzen von den Informationspflichten der Geschäftsführer, namentlich den gesetzlichen oder vertraglichen Berichtspflichten der Geschäftsführung.<sup>545</sup> Kehrseitig bedeuten diese Pflichten kollektive Informationsrechte der Gesellschafter.

Das Informationsrecht des einzelnen Gesellschafters aus § 51a GmbHG ist elementarer Bestandteil der Mitgliedschaft. Die Bedeutung des Rechts wird auch

---

<sup>540</sup> Schon RG 92, 77, 81; BGH 68, 312, 319; *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 349.

<sup>541</sup> Die Übertragung der Ergebnisse zur Pfändbarkeit der Einlage fordert auch *Stöber*, Forderungspfändung, Rn. 349, allerdings fordert er auch hier die Vollwertigkeit des Anspruchs.

<sup>542</sup> Scholz/K. *Schmidt*, GmbHG, § 51a, Rn. 14.

<sup>543</sup> Vgl. zur „rechtssystematischen“ Unterscheidung Scholz/K. *Schmidt*, GmbHG, § 51a, Rn. 1.

<sup>544</sup> Vgl. etwa MüKo/GmbHG/*Hillmann*, § 51a, Rn. 8; *Ulmer/Hüffer/Schürnbrand*, GmbHG, § 51a, Rn. 7; Scholz/K. *Schmidt*, GmbHG, § 51a, Rn. 9.

<sup>545</sup> Insbesondere § 42a GmbHG, § 49 Abs. 2 GmbHG, § 49 Abs. 3 GmbHG.

durch § 51a Abs. 3 GmbHG unterstrichen, der gesellschaftsvertragliche Regelungen verbietet.<sup>546</sup> Spiegelbildlich zu den weiten Pflichten des GmbHG-Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft und den übrigen Gesellschaftern, insbesondere aus der Treuepflicht, muss ihm grundsätzlich auch ein weitreichendes Recht zur Information und letztlich Kontrolle zustehen.<sup>547</sup> Den Umfang dieser Rechte genau zu konturieren bereitet dabei allerdings Schwierigkeiten.<sup>548</sup> Die Geschäftsführer können und müssen bei Vorliegen eines Gesellschafterbeschlusses das Ersuchen des Gesellschafters nach Maßgabe des § 51a Abs. 2 S. 1 GmbHG verweigern (Besorgnis zweckwidriger Verwendung)<sup>549</sup>. In besonders gelagerten Fällen ist auch außerhalb dieses ausdrücklichen Verweigerungsrechts eine Reihe von Begrenzungen anerkannt.<sup>550</sup>

## b. Meinungsstand

Das Schicksal des Einsichts- und Informationsrechts aus § 51a GmbHG in Fällen der Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil eines Gesellschafters wird kontrovers beurteilt.

### *aa. Verwaltung der Einsichts- und Informationsrechte*

Pfändet der Gläubiger den Geschäftsanteil des Schuldners, verbleiben die mitgliedschaftlichen Rechte grundsätzlich beim Schuldner.<sup>551</sup> Die Verstrickung des Anteils führt keinesfalls zu einem Inhaberwechsel, sondern hat lediglich eine

---

<sup>546</sup> Es ist daher konsequent, dass das OLG München, ZIP 2006, 1349, 1349 f., auch vertragliche Vereinbarungen zwischen den Gesellschaftern zulasten der Auskunfts- und Einsichtsrechte aus § 51a GmbHG für unwirksam befindet.

<sup>547</sup> „Das Postulat von Herrschaft und Haftung“ in *Limbachs* gleichnamiger Arbeit, Die empirischen Normaltypen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und ihr Verhältnis zum Postulat von Herrschaft und Haftung; siehe auch zur grundsätzlichen Verknüpfung von „Teilhabe und Verantwortung“, *Klosterkemper*, Einflussmöglichkeiten Außenstehender auf den innerkorporativen Bereich der GmbH, S. 158 ff., siehe „Teil 3 A.II.1c.dd.“ und „Teil 3 B.II.1.“.

<sup>548</sup> Daher wird die Regelung des § 51a GmbHG vielerorts als „missglückt“ bezeichnet, *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1040, da der Gesetzgeber die Stellung des Gesellschafters durch ein „scheinbar unbegrenztes Recht“ übermäßig gestärkt habe, *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 51a, Rn. 7; *MüKo/GmbHG/Hillmann*, § 51a, Rn. 4; *Michalski/Römermann*, GmbHG, § 51a, Rn. 23; abgeschwächt allerdings *Grunewald*, ZHR 1982, 222.

<sup>549</sup> *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 51a, Rn. 34.

<sup>550</sup> Dies gilt grundsätzlich für strafbare Handlungen der Geschäftsführer sowie im Ergebnis auch bei Rechtsmissbrauch und Unmöglichkeit der Erteilung der ersuchten Information, vgl. dazu *Roth/Altmeppen/Roth*, GmbHG, § 51a, Rn. 33 ff.; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 51a, Rn. 32 ff.

<sup>551</sup> Dazu im Einzelnen „Teil 3 A.II.“.

Reihe von Einschränkungen bei der Ausübung der aus der Gesellschafterstellung resultierenden Rechte zur Folge.<sup>552</sup> Ergo steht nach der zutreffenden, weit überwiegenden Auffassung dem Gläubiger das Informationsrecht nicht zu.<sup>553</sup> Soweit ersichtlich spricht sich lediglich *Kalbfleisch*<sup>554</sup> für Auskunftsrechte des Gläubigers aus und stellt dabei auf dessen Schutzbedürftigkeit im Pfändungsverfahren ab. Den maßgeblichen Anknüpfungspunkt stelle dabei das Zustimmungserfordernis des Gläubigers hinsichtlich beeinträchtigender Gesellschafterbeschlüsse dar.<sup>555</sup> Die Mitwirkung des Gläubigers erfordere dessen *Kenntnis*<sup>556</sup>. Dabei bezieht er den Gläubiger in das zwischen den Gesellschaftern bestehende Treueverhältnis ein, ohne die fehlende Gesellschafterstellung des Gläubigers zu thematisieren. Dies kann jedoch nicht überzeugen. Zunächst verbleibt das Einsichts- und Auskunftsrecht als mitgliedschaftliches Recht wie gezeigt beim Schuldner. Abzulehnen ist insbesondere der nicht näher begründete Versuch, ein Treueverhältnis zwischen dem Gläubiger und dem Gesellschafter entsprechend der mitgliedschaftlichen Treupflicht herzuleiten. Der damit bezweckte Schutz des Gläubigers vor beeinträchtigenden Beschlüssen und Maßnahmen rechtfertigt dies nicht. Ausreichenden Schutz dafür bietet gerade das Mitwirkungserfordernis. Selbstredend ist der Gläubiger zur Mitwirkung in *Kenntnis* zu setzen, allerdings gingen die weitreichenden Einsichts- und Auskunftsrechte des § 51a GmbHG zu weit.

---

<sup>552</sup> Dazu im Einzelnen vorstehend „Teil 3 A.II.“.

<sup>553</sup> RGZ 139, 224; Scholz/K. Schmidt, § 51a GmbHG, Rn. 12; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer, GmbHG, § 51a, Rn. 3; Bork/Schäfer/Masuch, GmbHG, § 51a, Rn. 7; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, § 51a, Rn. 6; MüKo/GmbHG/Hillmann, § 51a, Rn. 20; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber, GmbHG, § 51a, Rn. 4; Roth/Altmeppen/Roth, GmbHG, § 51a, Rn. 14; Stöber, Forderungspfändung, Rn. 1620; Tietze, Die Informationsrechte des GmbH-Gesellschafters, S. 16; Wertenbruch, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, S. 653 f.; Weßling, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 115; soweit nämlich auch Petermann, RPfleger 1973, 387, 388 sowie Heuer, ZIP 1998, 405, 411, die lediglich eine Hilfspfändung bejahen, dazu gleich unter „Teil 3 A.III.2.b.bb.(2)“.

<sup>554</sup> *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 92 ff.

<sup>555</sup> Eingehend zur Zustimmungsbefugnis des Gläubigers schon „Teil 3 A.II.2.a.aa.“.

<sup>556</sup> Für *Kalbfleisch*, Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, S. 93, ergibt sich dies „[...] aus dem Zustimmungserfordernis, da die Mitwirkung des Gläubigers naturgemäß nur erfolgen kann, wenn er von der geplanten Beschlußfassung in Kenntnis gesetzt wird.“

### *bb. (Hilfsweise) Pfändbarkeit*

Weniger einheitlich wird dagegen die Frage beurteilt, ob die Pfändung auch die Auskunfts- und Einsichtsrechte erfassen kann. Dafür müsste der Gläubiger die Informationsrechte gesondert oder hilfsweise pfänden können.

#### *(1) Vorherrschende Auffassung im Schrifttum*

Nach der überwiegenden Auffassung im Schrifttum<sup>557</sup> wird eine Pfändung des Informationsrechts aus § 51a GmbHG in Ermangelung der Übertragbarkeit des Rechts abgelehnt. Begründet wird dies vornehmlich damit, dass das Recht untrennbar mit der Mitgliedschaft des Gesellschafters verbunden sei.<sup>558</sup> Nach allgemeinen Grundsätzen käme somit auch eine Pfändung nicht in Betracht (vgl. §§ 851 Abs. 1, 857 Abs. 1 ZPO). *Stangier/Bork* stellen darüber hinaus klar, dass sich die Pfändbarkeit auch nicht durch eine Heranziehung von § 857 Abs. 3 ZPO konstruieren lässt.<sup>559</sup> Denn auch hier stünde die Verknüpfung von Mitgliedschaft und Informationsrecht einer Rechtsausübung im Sinne einer Ermächtigung eines Dritten nach § 185 BGB entgegen.

#### *(2) Abweichende Ansätze im Schrifttum*

Abweichend von dieser dogmatischen Herangehensweise finden sich Ansätze, die eine Pfändung zulassen wollen. Mit Verweis auf die praktischen Schwierigkeiten des Gläubigers bei der Verwertung des GmbH-Anteils kommt *Petermann*<sup>560</sup> zu dem Ergebnis, dass es diesem schlichtweg möglich sein müsse, die Informationsrechte auszuüben. Ausgehend von dieser Prämisse versucht er sodann eine Handhabe zu finden. „Einzig gangbar“ sei der Weg über die Hilfspfändung des Auskunftsanspruchs.<sup>561</sup> Danach wäre dieser durch den Gläubiger zu pfänden und an ihn zu überweisen.<sup>562</sup>

---

<sup>557</sup> Michalski/Römermann, GmbHG, § 51a, Rn. 61; MüKo/GmbHG/Hillmann, § 51a, Rn. 20; Henssler/Strohn/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 51a GmbHG, Rn. 5; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand, GmbHG, § 51a, Rn. 14; *Stangier/Bork*, GmbHR 1982, 169, 172; *Tietze*, Informationsrechte des GmbH-Gesellschafters, S. 11 ff.

<sup>558</sup> Siehe etwa Henssler/Strohn/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 51a GmbHG, Rn. 5.

<sup>559</sup> *Stangier/Bork*, GmbHR 1982, 169, 172.

<sup>560</sup> *Petermann*, RPflegler 1973, 387, 388.

<sup>561</sup> *Petermann*, RPflegler 1973, 387, 388.

<sup>562</sup> Diesem Ausgangspunkt folgend *Hintzen*, Forderungspfändung, Rn. 749; als Reaktion auf die neuere Rechtsprechung auch *Grau*, BB 2012, 604, 604 mit dem Argument, dass anderenfalls eine praktische Hürde errichtet würde, die ihrerseits nicht im Gesetz vorgesehen sei.

Zu demselben Ansatz einer Hilfspfändung kommt zunächst auch *Heuer*.<sup>563</sup> Er vertritt die Überweisung des Auskunftsanspruchs des Gesellschafters aus § 51a GmbHG im Wege des § 836 Abs. 3 ZPO.<sup>564</sup> Zuletzt geht er allerdings – fast beiläufig – noch einen Schritt weiter, indem er die Möglichkeit der Fremdausübung bejaht: Darüber hinaus könnte der Gläubiger den Einsichts- und Auskunftsanspruch des Gesellschafters auch gemäß § 857 Abs. 3 ZPO ausüben. Dies erscheint dabei primär als Argument gedacht, die von der herrschenden Auffassung vorgebrachte Nicht-Übertragbarkeit des Rechts auszuhebeln.<sup>565</sup>

Ähnlich will auch *Weßling* dem Gläubiger im Wege der Hilfspfändung der Auskunftsrechte aus § 51a GmbHG eine Möglichkeit zur Informationsbeschaffung an die Hand geben.<sup>566</sup> Dabei legt er sich nicht endgültig fest, inwieweit die „mitgliedschaftliche Rechtsnatur“ einer Übertragbarkeit entgegensteht, sondern weicht ebenfalls auf § 857 Abs. 3 ZPO aus. Sodann bemüht er in einem zweiten Schritt die anerkannten Verweigerungsrechte der Gesellschaft als Korrektiv.<sup>567</sup> Dabei räumt er der Abwägung zwischen verhältnis- und unverhältnismäßigen Begehren die zentrale Stellung ein. Im Ergebnis dürfe die Gesellschaft allerdings nur dann die Auskunft verweigern, wenn es mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden wäre die Informationen bereitzustellen.<sup>568</sup>

Zuletzt vertrat *Stamm* die Ansicht, die Pfändung des Geschäftsanteils hätte aufgrund der (entsprechenden) Anwendung von § 401 (§ 412) BGB den Übergang der Informationsrechte auf den Gläubiger zur Folge.<sup>569</sup> Der Zweck von § 401 BGB sei gerade und ausschließlich die konsequente Umsetzung der Akzessorieität bestimmter Nebenrechte. Daraus folge, dass die Informationsansprüche stets das Schicksal des Geschäftsanteils teilen. Dabei bemüht auch er den Ausnahmetatbestand des § 51a Abs. 2 GmbHG als Gegengewicht, um letztlich eine flexiblere Anwendung im Einzelfall ermöglichen.<sup>570</sup>

---

<sup>563</sup> *Heuer*, ZIP 1998, 405, 411.

<sup>564</sup> Dabei verweist *Heuer* ZIP 1998, 405, 411, auf das Urteil des LG Essen, RPfleger 1973, 410, sowie *Petermann*, RPfleger 1973, 387, 388, allerdings sei dort eine Überweisung der Ansprüche „entsprechend § 836 Abs. 3 ZPO“ nicht zwingend.

<sup>565</sup> Die Problematik der Übertragbarkeit umschiffte im Ergebnis auch *Roth*, ZGR 2000, 187, 213 f. und folgt dem Weg über § 857 Abs. 3 ZPO.

<sup>566</sup> *Weßling*, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 117 ff.

<sup>567</sup> *Weßling*, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 118 f.; siehe „Teil 3 A.III.2.a.“.

<sup>568</sup> *Weßling*, Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, S. 121.

<sup>569</sup> Als Reaktion auf die neuerliche Ablehnung durch den BGH bei *Stamm*, LMK 2013, 348687.

<sup>570</sup> Keine „Alles-oder-nichts-Lösung i.S. des BGH“, *Stamm*, LMK 2013, 348687.

(3) *Rechtsprechungspraxis – insbesondere der BGH-Beschluss vom 29.4.2013*

Es entspricht der weit überwiegenden Rechtsprechungspraxis, unter Verweis auf die mitgliedschaftliche Rechtsnatur des Informationsrechts im Sinne des § 51a GmbHG, gesellschaftsfremden Personen den Anspruch zu versagen.<sup>571</sup> Nichts anderes ergebe sich daher für Pfandgläubiger eines GmbH-Geschäftsanteils, denen zwar Rechte am Anteil zustehen, allerdings ohne selbst Gesellschafter zu sein.<sup>572</sup>

Selten wurde auch in der Rechtsprechung das Informationsdefizit des Gläubigers über die dogmatischen Zweifel gestellt. Allerdings stellte das LG Essen fest,<sup>573</sup> dass eine sinnvolle Vollstreckung angesichts der fehlenden Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber dem Gläubiger zur Bereitstellung von Informationen nicht möglich sei. Daher urteilten die Richter, dass dem Gläubiger die Bilanzen zu überlassen seien. Dagegen würde die Geltendmachung weitergehender Ansprüche gegen § 242 BGB verstoßen.

Das AG Elmshorn ging einen Schritt weiter und bejahte eine Hilfspfändung des Einsichts- und Auskunftsanspruchs.<sup>574</sup> Ähnlich urteilte kürzlich auch das AG Gelsenkirchen, indem es die *Mitpfändung* des Anspruchs auf Erteilung von Auskünften aus § 51a GmbHG erlaubte.<sup>575</sup> Das Gericht wies die Erinnerung des Schuldners gegen den vorherigen Pfändungsbeschluss, soweit dieser die Informationsansprüche erfasste, zurück. Einem Gläubiger, der einen GmbH-Geschäftsanteil pfändet, sei es im Wege der Hilfspfändung möglich den Informationsanspruch zu erlangen, damit dieser eine sachgerechte Bewertung des Anteils zur späteren Verwertung vornehmen könnte. Allerdings wurde die Sache durch die durch den Einzelrichter eingelegte sofortige Beschwerde (§ 793 ZPO) an das LG Essen übertragen (§§ 568 S. 2 Nr. 2, 569 Abs. 1 S. 1 ZPO).<sup>576</sup>

---

<sup>571</sup> BGH, WM 1962, 883; vgl. BGH, NJW 1989, 225, 226; OLG Hamm, GmbHR 1986, 384; BayObLG, GmbHR 1989, 201; vgl. auch KG, NJW-RR 1989, 230.

<sup>572</sup> Exemplarisch etwa BayObLG, GmbHR 1989, 201.

<sup>573</sup> KG, OLG 21.386.

<sup>574</sup> AG Elmshorn, DGVZ 1993, 190, 191.

<sup>575</sup> AG Gelsenkirchen Beschluss v. 20.12.2011 – 34 M 3746/11.

<sup>576</sup> Das LG Essen, BeckRS 2013, 08533 stellte sich gegen die Auffassung der Vorinstanz und gab der Beschwerde statt.



Zuletzt sprach der BGH ein Machtwort und lehnte die Pfändbarkeit der Auskunfts- und Einsichtsansprüche ab.<sup>577</sup> Dabei befasst sich das Gericht nahezu lehrbuchartig sowohl mit dem Schicksal des Auskunfts- und Einsichtsrechts ab der Pfändung des Geschäftsanteils, als auch mit der Frage der selbstständigen oder hilfsweisen Pfändbarkeit des Rechts. Zunächst erstreckte sich die Pfändung des Anteils zwar auf sämtliche Nebenrechte, welche im Falle einer Abtretung von den §§ 412, 401 BGB erfasst würden. Über den Wortlaut hinaus erfasst die Norm insbesondere auch solche Nebenrechte, die für den Gläubiger zur Durchsetzung des Anspruchs erforderlich sind beziehungsweise ohne die eine Durchsetzung gefährdet wäre. Ein solches Nebenrecht statuiert § 51a GmbHG allerdings nicht. Die Pfändbarkeit des Auskunfts- und Einsichtsrechts aus § 51a GmbHG scheidet überdies nach den allgemeinen Grundsätzen in Ermangelung der Übertragbarkeit aus, vgl. § 851 Abs. 1 ZPO. Schließlich seien diese Ausfluss der Gesellschafterstellung und somit untrennbar mit dieser verbunden. Auch der Herleitung der Pfändbarkeit über § 857 Abs. 3 ZPO wurde eine Absage erteilt, da das Recht aus § 51a GmbHG dort eine Grenze fände, wo es nicht zweckentsprechend wahrgenommen würde. Die Übertragung des Rechts von einem Gesellschafter auf einen Dritten hätte die Entkoppelung von der gesellschaftlichen Treuepflicht zur Folge und sei daher nicht zweckmäßig. Zuletzt sei eine Pfändung der Rechte auch nicht von einer (entsprechenden) Anwendung von § 836 Abs. 3 ZPO erfasst.

### *cc. Stellungnahme*

Die Rechtsprechung zu dieser Frage ist in der Vergangenheit weder einheitlich, noch war eine eindeutige Entwicklung zu erkennen. Die zuletzt ergangene BGH-Entscheidung stellt möglicherweise den (vorübergehenden) Schlusspunkt der uneinheitlichen Rechtsprechungshistorie dar. Vor dem Hintergrund der drastischen Folgen für die Vollstreckungspraxis und insbesondere auch aufgrund der kontroversen Rezeption durch das Schrifttum<sup>578</sup> soll im Folgenden Stellung bezogen werden.

Dogmatisch bestehen keine ernstlichen Zweifel daran, dass die Auskunfts- und Einsichtsrechte aus § 51a GmbHG trotz Anteilspfändung beim Schuldner verbleiben und sie nicht unmittelbar von einer Anteilspfändung erfasst sind: Bis zur Verwertung des gepfändeten Anteils verbleiben die Verwaltungsrechte dem

---

<sup>577</sup> Die gegen den Beschluss vom LG Essen vgl. Fußn. 576 eingelegte Rechtsbeschwerde wies der BGH mit Beschluss vom 29.4.2013 nunmehr zurück, BGHZ 197, 181.

<sup>578</sup> Dafür: *Campos Nave*, BB 2013, 1490, 1490 f.; dagegen: *Stamm*, LMK 2013, 348687.

Grunde nach beim Gesellschafter. Gleichviel ist eine eigenständige Pfändung nach § 857 ZPO nicht denkbar, da vom Anwendungsbereich der Norm nur selbstständige verwertbare Vermögensrechte erfasst sind. Unstreitig fallen die Informationsrechte des § 51a GmbHG nicht in diesen Anwendungsbereich. Dies hat weiterhin zur Folge, dass die Einsichts- und Auskunftsrechte nicht als Nebenrechte im Sinne des § 401 BGB qualifiziert werden können. Daher scheidet ein akzessorischer Übergang auf den Gläubiger gemäß §§ 412, 401 BGB letztlich aus. Richtig ist zwar, dass § 401 BGB über den Wortlaut hinaus auch Hilfsrechte erfasst, die zur Durchsetzung des Hauptrechts erforderlich sind beziehungsweise eine Trennung dessen Durchsetzung gefährdet.<sup>579</sup> Jedoch stellen die Informationsrechte aus § 51a GmbHG mangels Erforderlichkeit zur Durchsetzung respektive deren Gefährdung ihrerseits keine Nebenrechte im Sinne der Norm dar.

Gegen den etwa von *Heuer* eingeschlagenen Weg über der Hilfspfändung der Einsichts- und Auskunftsrechte aus § 51a GmbHG über § 836 Abs. 3 ZPO spricht zunächst deren mitgliedschaftliche Rechtsnatur. Der Auskunftsanspruch kann nicht vom Stammrecht abgespalten werden, weshalb auch eine Überweisung ausscheiden muss.<sup>580</sup> Als mitgliedschaftliches Verwaltungsrecht der GmbH-Gesellschafter berechtigt es nur diese gegenüber ihrer Gesellschaft, Informationen zu beanspruchen. Der Norm lag bei ihrer Einführung die Erwägung zugrunde, dass der Gesellschafter einer GmbH diejenigen Informationen erlangen kann, die er für eine sachgemäße Ausübung seiner mitgliedschaftlichen Rechte benötigt.<sup>581</sup> Somit wurde der Anspruch den Gesellschaftern als notwendiges Instrument zur Verwaltung ihrer Mitgliedschaft an die Hand gegeben. Eine separate Geltungsberechtigung des Anspruchs fehlt. Die Untrennbarkeit von Mitgliedschaft und Anspruchsberechtigung hat zur Folge, dass die Informationsansprüche aus § 51a GmbHG nicht gesondert abgetreten oder gepfändet werden können. Obgleich *Heuer* die bestehende Verknüpfung des Rechts mit der Gesellschafterstellung anzuerkennen scheint, bejaht er die Möglichkeit der Fremdausübung, um dadurch letztlich ein Argument für die Hilfspfändung zu konstruieren.

Auch durch eine Heranziehung von § 857 Abs. 3 ZPO lässt sich das Problem nicht umgehen. *Weßling* übergeht dabei das systematische Verhältnis von § 51a

---

<sup>579</sup> Vgl. etwa BGH, NJW-RR 2012, 434; MüKo/BGB/*Roth*, § 401, Rn. 13.

<sup>580</sup> So auch *Wertenbruch*, Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, S. 654.

<sup>581</sup> Amtl. Begr. zu § 51a GmbHG, BT-Drs. 8/1347, S. 44.

Abs. 1 GmbHG und § 51a Abs. 2 GmbHG. Grundsätzlich hat der Geschäftsführer dem Informationsbegehren nachzukommen (§ 51a Abs. 1 GmbHG) und kann nur unter den Umständen des § 51a Abs. 2 GmbHG die Leistung verweigern. *Weßlings* Ansatz führt zu einer nicht haltbaren Umkehrung dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses, indem die getroffene Abwägung der schützenswerten Belange von Gesellschaft und Gläubiger nivelliert würde. Abzulehnen ist auch die Behauptung von *Grau*, dass in der Begrenzung der Pfändbarkeit eine gesetzlich nicht vorgesehene Hürde zu sehen sei.<sup>582</sup> Richtigerweise liegt es jedoch genau andersherum: Die mitgliedschaftliche Rechtsnatur führt indes zu einer Verknüpfung von Gesellschafterstellung und Anspruchsberechtigung. Daher scheidet eine gesonderte Abtretbarkeit und daher nach den allgemeinen Grundsätzen auch eine Pfändbarkeit aus. Somit wäre vielmehr für die Zulassung der Pfändbarkeit und somit die Durchbrechung der gesetzlichen und systematischen Grundsätze eine normative Handhabe zu fordern.

Das Informationsrecht als Stammrecht ist unselbstständiger Teil der Mitgliedschaft und gemäß dem Abspaltungsverbot nicht abzutrennen. Die Verknüpfung des Einsichts- und Auskunftsrechts mit der Mitgliedschaft führt in vielen Konstellationen wiederum zu einer Begrenzung des ausübungsberechtigten Personenkreises: Demjenigen, der einen Anteil rechtsgeschäftlich erwirbt, steht die Geltendmachung der Informationsrechte erst zu, sofern er nach der Anteilsübertragung in die aktualisierte Gesellschafterliste in das Handelsregister eingetragen wurde (§ 16 Abs. 1 GmbHG).<sup>583</sup> Spiegelbildlich ist auch der ausgeschiedene Gesellschafter nicht (mehr) berechtigt.<sup>584</sup> Anknüpfungspunkt ist stets die erlangte Rechtsinhaberschaft beziehungsweise deren Verlust. Keine Berücksichtigung finden daher etwa die schuldrechtliche Verpflichtung oder ein laufendes Ausschließungsverfahren.<sup>585</sup> Es widerspräche daher der allgemeinen GmbH-rechtlichen Rechtsausübungssystematik, würde man dem anteilspfändenden Gläubiger die Informationsrechte des § 51a GmbHG zukommen lassen, der (noch) nicht Gesellschafter der GmbH ist. Das Stammrecht wiederum verbleibt aufgrund des Abspaltungsverbots zwingend beim Gesellschafterschuldner. Beachtet man die dargestellten dogmatischen Grundsätze, können sowohl die Darstellungen des

---

<sup>582</sup> *Grau*, BB 2012, 604, 604.

<sup>583</sup> Vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 51a, Rn. 13.

<sup>584</sup> Dies erfasst gleichermaßen Fälle der Anteilsveräußerung als auch des Ausschlusses aus der Gesellschaft vgl. etwa BGH, ZIP 1988, 1175, 1176.

<sup>585</sup> BayOBLG, NJW-RR 2000, 487.

BGH, als auch die Reaktion von *Stamm* nicht überzeugen. Zunächst ist das Informationsrecht evident kein selbstständiges Vermögensrecht im Sinne des § 857 ZPO. Daraus kann allerdings nicht der Schluss gezogen werden, dass die Rechte (akzessorische) Nebenrechte gemäß § 401 BGB darstellen. Die Informationsrechte sind gemäß dem Abspaltungsverbot nicht von der Mitgliedschaft zu trennen. Daher ist der Rückgriff insofern nicht erforderlich, sofern der Wechsel in der Gesellschafterstellung auch den Wechsel in der Person des Anspruchsberechtigten bedeutet. Der Rückgriff ist jedoch unzulässig, wenn er letztendlich eine Trennung der Rechte vom Geschäftsanteil dergestalt zur Folge hat, dass dem Pfändungsgläubiger die Pfändung erlaubt wird.

Überdies missachtet eine – irgendwie gestaltete – Pfändung der Informationsrechte, dass die notwendige Koppelung von weitreichenden Informationsrechten der Gesellschafter und umfassenden Gesellschafterpflichten rücksichtslos durchtrennt würde.<sup>586</sup> Die Rechte und Pflichten der GmbH-Gesellschafter stehen in einem koexistenziellen und interdependenten Verhältnis. Die Reichweiten der Rechte und Pflichten zueinander bedingen und legitimieren einander. Besonders deutlich wird dies beispielsweise im Rahmen der (individuellen) Reichweite von Verpflichtungen eines Gesellschafters aus der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht.<sup>587</sup> Dieses Gleichgewicht zu halten ist § 51a Abs. 2 GmbHG nicht im Stande. Die Befürworter eines solchen Anspruchs gehen einen umkehrten Weg: Ausgehend vom vorangestellten Ziel, die Gläubigerinteressen zu schützen, versuchen sie eine Handhabe zu schaffen. Versuche dem Gläubiger dennoch das Recht zu gewähren – gleich einem Gesellschafter – Informationen zu erlangen, gehen somit stets von der Prämisse eines vorrangigen Gläubigerbedürfnisses nach einem derartigen Anspruch aus.

Dass trotz der überwiegenden Auffassung im Schrifttum und wohl auch der Rechtsprechung immer noch Versuche unternommen werden das Auskunfts- und Einsichtsrecht aus § 51a GmbHG zu pfänden, verdeutlicht das praktische Verlangen dem Informationsbedürfnis des Gläubigers abzuhelpen. Richtig ist zwar, dass der Gläubiger regelmäßig Schwierigkeiten haben wird, im Verfahren der Pfändung eines GmbH-Geschäftsanteils verlässliche Informationen zu erlangen. Aus § 810 BGB lässt sich dabei ein solcher allgemeiner Auskunftsanspruch

---

<sup>586</sup> Eingehend dazu vorstehend „Teil 3 A.III.2.a.“.

<sup>587</sup> Siehe dazu ausführlich die Darstellungen „Teil 3 B.II.1.a.“.

nicht herleiten.<sup>588</sup> Das Vollstreckungsrecht sieht zwar Möglichkeiten für den Gläubiger vor, Informationen zu erlangen. Der vollstreckungsrechtliche Auskunftsanspruch des Gläubigers gegen die Gesellschaft als Drittschuldnerin aus § 840 ZPO ist mit seinem schmalen Anwendungsbereich jedoch letztlich nicht geeignet das Informationsbedürfnis des Gläubigers ausreichend zu befriedigen.<sup>589</sup> Gleichviel ist auch der Informationsanspruch aus § 836 Abs. 3 ZPO den der Gläubiger gegen den Schuldner selbst richtet, ungeeignet dem Informationsbegehren des Gläubigers abzuwehren. Somit ist durchaus ein Bedürfnis des Gläubigers zu bejahen. Allerdings entbehrt dies freilich nicht von der Herleitung eines Anspruchs. Damit ist der Gläubiger auf eine Zusammenarbeit angewiesen, welche aufgrund des letztlich bestehenden Substanzinteresses des Schuldners nicht schlechterdings unwahrscheinlich ist.<sup>590</sup>

### c. Zwischenergebnis

Der Gläubiger kann die Einsichts- und Informationsansprüche des GmbH-Gesellschafters aus § 51a GmbHG nicht pfänden. Die Regelung des § 51a GmbHG rückt die Interessen der Gesellschafter und Gesellschaft in den Vordergrund und steht im krassen Widerstreit mit den Interessen des Gläubigers bei der Durchführung der Verwertung eines gepfändeten Geschäftsanteils. Eine kooperative Zusammenarbeit zur Ermittlung eines angemessenen Verwertungserlöses ist daher ratsam. Möchte man die nach außen hin erkennbare, satzungsmäßige Festsetzung von Einziehungsentgelten auch auf die Verwertung nach § 844 ZPO anwenden,<sup>591</sup> könnte dem Informationsinteresse des Gläubigers und dem Geheimhaltungsinteresse der Gesellschaft gleichermaßen Rechnung getragen werden.

---

<sup>588</sup> Da dieser ausdrücklich nur Urkunden erfasst, die im Interesse des „Einsichtssuchenden“ erstellt wurden oder ein Rechtsverhältnis bzw. Verhandlungen über Rechtsgeschäfte von ihm oder einem Vermittler beurkunden, vgl. § 810 BGB. Daher bedarf es schon keiner näheren Diskussion wie bei *Weßling*, *Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile*, S. 115 der jedoch im Ergebnis die Anwendung von § 810 BGB ablehnt; für ausgeschiedene Gesellschafter hinsichtlich der Frage, ob Forderungen gegen die Gesellschaft bestehen lässt Bork/Schäfer/Masuch, *GmbHG*, § 51a, Rn. 6, die Frage der Anwendbarkeit offen. Allerdings st. Rspr. und herrschende Meinung, vgl. BGH, NJW 1989, 225 m.w.N.; OLG Hamm, DB 1994, 1232; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Bayer, *GmbHG*, § 51a, Rn. 3.

<sup>589</sup> Siehe dafür die vorstehenden Ausführungen in „Teil 3 A.II.2.d.aa.“; a.A. *Wertenbruch*, *Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung*, S. 654, der schon ein Schutzbedürfnis des Gläubigers mit Verweis auf dessen vollstreckungsrechtliche Auskunftsansprüche verneint.

<sup>590</sup> Zum Substanzinteresse näher in „Teil 4 A.I.1.b.“.

<sup>591</sup> Für die Herleitung siehe „Teil 3 A.II.3.b.bb.(2)“.

## B. Problemkreis: Willensbildung und Beschlussfassung

Gegenstand vieler Diskussionen stellt die Willensbildung von Gesellschaftern dar, die den Interessen der übrigen Gesellschafter oder dem Wohl der Gesellschaft zuwiderläuft und gegen die gesellschaftsrechtliche Treupflicht verstößt.<sup>592</sup> Ausgehend von der grundsätzlichen freien Willensbildung der Gesellschafter fragt es sich, wo die Grenzen zulässiger Stimmrechtsausübung in der Beschlussfassung liegen. Als äußerer Rahmen fungiert dabei die mitunter eingeschränkte gerichtliche Kontrolldichte. Im Kern geht es um die schwierige Frage der materiell-rechtlichen Konturierung der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht im Bereich der Willensbildung. Im Spannungsfeld von Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit kommt dem zulässigen Anwendungsbereich von Stimpflichten aus der Treupflicht eine elementare Bedeutung zu.

Weiterer Gegenstand der nachstehenden Untersuchung ist die gerichtliche Behandlung von treuwidrigen Einzelstimmen und die Auswirkungen einer geänderten Rechtsprechungspraxis. Es soll beleuchtet werden, welche Folgen eine abweichende materiell-rechtliche Bewertung für die Anspruchsdurchsetzung im Erkenntnisverfahren und der Zwangsvollstreckung hat. Abschließend geht es um die Frage der Zulässigkeit und Notwendigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes.

### I. Grundsatz: Freie Stimmrechtsausübung und begrenzte Kontrolldichte

Die Gesellschafter einer GmbH sind bei der Ausübung ihres Stimmrechts grundsätzlich frei, vgl. § 47 Abs. 1 GmbHG. Als Ausnahmen von diesem Grundsatz finden sich einige Beschränkungen des zulässigen Beschlussinhalts.<sup>593</sup>

---

<sup>592</sup> Vgl. etwa monografisch *Korehnke*, Treuwidrige Stimmen im Personengesellschafts- und GmbH-Recht; *Wiedemann* in: FS Heinsius, S. 949 ff.; begrenzt auf die materiell-rechtliche Untersuchung von Stimpflichten aus der Treupflicht, *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 186 ff.; *Zöllner*, Die Schranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privaten Personenverbänden, S. 353 ff.; *Herfs*, Einwirkungen Dritter auf den Willensbildungsprozeß der GmbH, S. 174 ff.; vgl. auch *Bücheler*, Eingriff in Gesellschafterrechte im Insolvenzplan, S. 73 ff. ausgehend von sanierungsbedürftigen GmbH.

<sup>593</sup> § 47 Abs. 4 GmbHG verbietet dagegen in den normierten sogenannten „starrten“ *Stimmverboten* den Gesellschaftern schon die Teilnahme an der Beschlussfassung, was im Folgenden nicht weiter behandelt werden soll. Dazu etwa bei *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 47, Rn. 76 ff.

## 1. Inhaltliche Grenzen

Die Stimmrechtsfreiheit der Gesellschafter wird inhaltlich durch Gesetze, die Satzung und letztlich auch vertragliche Vereinbarungen (insbesondere Stimmbindungen) eingeschränkt. Die Stimmrechtsausübung darf nicht gegen das Gesetz verstoßen (vgl. § 243 Abs. 1 AktG analog). Ausdrücklich normierte Schranken sind das Schikaneverbot des § 226 BGB sowie die Bindung an die guten Sitten.<sup>594</sup> Die Verletzung von allgemeinen Rechtsgrundsätzen begründet, gleichermaßen wie die Missachtung von gesellschaftsrechtlichen Generalklauseln, einen Gesetzesverstoß.<sup>595</sup> Besondere Bedeutung kommt dabei Fällen missbräuchlicher Stimmrechtsausübung zu, namentlich bei der Missachtung der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht, des gesellschaftsrechtlichen Gleichheitsgrundsatzes sowie des Verbotes der Verfolgung von Sondervorteilen<sup>596</sup>. Diese „beweglichen Schranken“<sup>597</sup> zeichnen sich durch ihren flexiblen, konkretisierungsbedürftigen Anwendungsbereich aus. Spiegelbildlich dazu bereitet die Begrenzung der Beschlussfreiheit insbesondere im Bereich der mitgliedschaftlichen Treupflicht erhebliche Probleme. Die (gerichtliche) Konturierung rechtmäßiger Willensbildung droht mit Blick auf das unternehmerische Ermessen der Gesellschafter weiter erschwert zu werden.<sup>598</sup>

## 2. Diskussion der gerichtlichen Kontrolldichte

Die Grenze der zulässigen Stimmrechtsausübung manifestiert sich letztlich dort, wo die Gerichte im Wege der Inhaltskontrolle die freie Beschlussfassung beschränken können.

### a. Begrenzte Kontrolldichte durch Beschlussautonomie der Gesellschafter

Aus der allgemeinen Beschlussautonomie der Gesellschafter gemäß § 47 Abs. 1 GmbHG folgt, dass es dem Grunde nach keiner (gesonderten) Rechtfertigung der Stimmabgabe oder einer angestrebten Beschlussfassung bedarf.

---

<sup>594</sup> Vgl. auch § 241 Nr. 4 AktG analog; Vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 47, Rn. 26; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, § 47, Rn. 107; Anh. § 47, Rn. 55.

<sup>595</sup> Hachenburg/Raiser, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 113.

<sup>596</sup> Als Konkretisierung des Sittenwidrigkeitsgrundsatzes entsprechend § 243 Abs. 2 AktG, vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 87; Hachenburg/Raiser, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 115.

<sup>597</sup> MüKo/GmbHG/Harbarth, § 53, Rn. 105 ff.

<sup>598</sup> Eingehend „Teil 3 B.I.3.“.

Richtigerweise sind daher Beschlüsse als immanent gerechtfertigt anzusehen, die im Einklang mit den geltenden Vorschriften zustande gekommen sind.<sup>599</sup> Folgt man dieser Auffassung, sind Stimmrechtsausübungen einer materiellen Inhaltskontrolle stets, aber auch nur dann zugänglich, sofern sie gegen ein Verbot verstoßen. Im Hinblick auf die Verletzung der Treupflicht kann sich dies jedoch als problematisch erweisen, da diese selbst keine klar definierten Grenzen aufweist,<sup>600</sup> deren Überschreitung im Einzelfall die Inhaltskontrolle erst eröffnen.

Grundsätzlich besteht demnach keine Zweckmäßigkeitkontrolle der Gesellschafterbeschlüsse. Eine allgemeine Verpflichtung der Gesellschafter zu „kaufmännischer Richtigkeit“ und zweckmäßiger Ausübung ihres Stimmrechts existiert schließlich nicht.<sup>601</sup> Dabei macht der BGH deutlich, dass die Entscheidungen der Gesellschafter und deren Beweggründe dem Grunde nach unerheblich seien, mit der Ausnahme von „Maßnahmen [die] objektiv so sehr gegen kaufmännische Vernunft und Erfahrungen verstoßen, dass schon hieraus auf solche unzulässigen Beweggründe der Gesellschaftermehrheit zu schließen wäre“.<sup>602</sup> In diesen Ausnahmefällen darf also im Wege eines Rückschlusses überprüft werden, ob sachfremde Erwägungen vorlagen. Der Ausnahmecharakter wird dabei auch durch die Herangehensweise der Richter unterstrichen, die nicht grundsätzlich die Entschlüsse der Gesellschafter im Blick hat, sondern – umgekehrt – lediglich eine Indizwirkung außergewöhnlicher Beschlüsse anerkennt.

## b. Abweichende Auffassungen

Wollte man dagegen einen abweichenden Maßstab an die Kontrolldichte anlegen, erscheint es schwierig eine geeignete Abgrenzung vorzunehmen. Der BGH

---

<sup>599</sup> BGHZ 76, 352, 353 führte zum Auflösungsbeschluss aus: „Ein [...] gefasster Auflösungsbeschluss bedarf keiner sachlichen Rechtfertigung; er trägt seine Rechtfertigung in sich“; gleichviel ergebe sich im Bereich einer zu beschließenden Kapitalmaßnahme die Legitimation aus der gesetzlichen Regelung, Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 47, Rn. 28.

<sup>600</sup> „Teil 3 B.II.1.“

<sup>601</sup> BGH, WM 1970, 1165, 1165 ff.; auch in der Literatur weitestgehend anerkannt, siehe etwa Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 47, Rn. 28 m.w.N.; anders Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, § 47, Rn. 96, der eine unternehmerische Zweckmäßigkeitkontrolle befürwortet; zur Klarstellung sei festgehalten, dass eine Bindung an den Gesellschaftszweck einvernehmlich gefordert wird, vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 47, Rn. 26 der „gemeinsame Zweck der Gesellschaft“.

<sup>602</sup> BGH, WM 1970, 1165, 1166.



sprach sich vormalig für eine über die allgemeine Missbrauchskontrolle hinausgehende Kontrolle einer *sachlichen Berechtigung* aus.<sup>603</sup> In der Folgezeit verneinte der BGH sodann eine solch umfassende Kontrolle: Stimmen die Gesellschafter für die – gesetzlich vorgesehene – Auflösung<sup>604</sup> oder Kapitalherabsetzung,<sup>605</sup> bedürfe es keiner sachlichen Rechtfertigung. Damit begrenzte der BGH die Inhaltskontrolle wieder und kehrte von einem pauschalen Rechtfertigungsbedürfnis ab.<sup>606</sup> Dies schließe indes nicht aus, dass eine Inhaltskontrolle unter dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes erfolge, insbesondere beim Bezugsrechtsausschluss, bei der Kapitalerhöhung und bei Lockerungen statutarischer Wettbewerbsverbote.<sup>607</sup>

Abweichende Maßstäbe finden sich auch im Schrifttum. Den richtungsweisenden Ausgangspunkt könnten schon die zugrundeliegenden gesetzlichen Regelungen darstellen, sofern diese die Abwägung der betroffenen Interessen schon vornehmen.<sup>608</sup> *Lutter* entwickelte zudem eine zweistufige Beurteilung, wonach grundsätzlich die Inhaltskontrolle auf Fälle der missbräuchlichen Stimmrechtsausübung begrenzt sein soll, jedoch bei Beschlüssen erfolgen dürfe, welche die Minderheit belasten.<sup>609</sup> Insgesamt drehte er die Vorzeichen um, indem er eine materielle Rechtfertigung von Beschlüssen als solche ablehnte, dafür aber bestimmten missbrauchsträchtigen Beschlüssen eine Indizwirkung zusprach, die zu widerlegen wiederum die Pflicht des Gesellschafters sei.<sup>610</sup> *Zöllner* differenzierte dahingehend, ob ein Beschluss rechtsfolgenrechtlich mitgliedschaftliche Rechte verkürzt.<sup>611</sup> Weitergehende Kontrolle befürwortet insbesondere *Wiedemann*, in-

---

<sup>603</sup> BGHZ 71, 40, 44 („*Kali und Salz*“).

<sup>604</sup> BGHZ 76, 352, 353; vgl. schon vorstehend in Fußn. 599.

<sup>605</sup> BGHZ 138, 71, 71 ff.

<sup>606</sup> Vgl. noch vor der zitierten *Kali und Salz*-Entscheidung (BGHZ 71, 40, vgl. dazu schon Fußn. 603) BGHZ 70, 117, 117 ff. wonach eine sachliche Rechtfertigung im gesetzlich vorgesehenen Fall der Auflösung gerade nicht erforderlich war.

<sup>607</sup> BGHZ 71, 40, 40 ff. (Fußn. 603); 83, 319 und BGHZ 80, 69, 74 („*Süssen*“).

<sup>608</sup> *Lutter*, ZGR 1979, 401, 402; *ders.* ZGR 1981, 171, 182.

<sup>609</sup> Als Reaktion auf die Entscheidung des BGH, WM 1980, 378; *Lutter*, ZGR 1979, 401, 402 ff.; siehe dazu Beispiele bei *Semler*, BB 1983, 1566, 1569.

<sup>610</sup> *Lutter*, ZGR 1979, 401, 402 ff.

<sup>611</sup> *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privaten Personenverbänden, S. 350 f.

dem die Beschlusskompetenzen (der Mehrheit) im Gesellschaftsrecht der gerichtlichen Überprüfung zugänglich sind.<sup>612</sup> Vermittelnd wird vertreten, dass der Umfang der Überprüfung danach gestaffelt werden könnte, wie weit die Gesellschafterrechte verkürzt werden<sup>613</sup>.

### c. Entbehrlichkeit einer Stellungnahme

Es besteht Einigkeit dahingehend, dass die Stimmrechtsausübung *jedenfalls* auf einen Verstoß gegen die Treupflicht als gesetzliche Schranke hin untersucht werden kann. Ein Verstoß gegen die Treupflicht als gesetzliche Grenze eröffnet damit stets die Inhaltskontrolle. Diese fungiert gewissermaßen als Untergrenze der geforderten Kontrolldichte. Daraus folgt weiterhin, dass an dieser Stelle eine überschießende Klärung der weitergehenden Auffassungen mit Blick auf den Gang der Untersuchung entbehrlich ist. Das Gericht kontrolliert Beschlüsse jedenfalls hinsichtlich ihrer Konformität mit der Treupflicht, deren Verletzung im Einzelnen eine Frage der Konturierung des Anwendungsbereichs ist.

## 3. Weitergehende Überlegungen zur Stimmrechtsausübung und dem unternehmerischen Ermessen

Ausgehend von der Erkenntnis, dass auch den Gesellschaftern ein unternehmerisches Ermessen zusteht, sollen nachstehend die Auswirkungen auf die Stimmrechtsfreiheit beleuchtet werden. Im Kern geht es um die Frage, ob das unternehmerische Ermessen lediglich die gerichtliche Kontrolldichte einschränkt oder darüber hinaus schon – materiell-tatbestandlich – die Grenzen zulässiger Willensbildung modifiziert.

---

<sup>612</sup> *Wiedemann*, ZGR 1980, 147, 156 ff.; *ders.* JZ 1989, 447, 448; den Minderheitenschutz in den Vordergrund stellend auch *Ulmer/Raiser*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 137, 138, wonach eine Entscheidung der Mehrheit nur dann durch die Minderheit hinzunehmen sei, sofern diese im Unternehmensinteresse erforderlich ist.

<sup>613</sup> *Martens*, in: FS R. Fischer, S. 437, 445; so argumentiert *Hirte*, Bezugsrechtsausschluss und Minderheitenschutz, S. 138, 153, dass eine Inhaltskontrolle im Bereich von Verwaltungsrechten („Herrschaftsrechten“) zu befürworten, die bei der Beschneidung von Vermögensrechten dagegen abzulehnen sei. *Timm*, ZGR 1987, 403, 421 f., 441 f. schränkt die Kontrolle weiter ein, indem dieser nur solche Beschlüsse unterfallen sollen, die zur konzernrechtlichen Abhängigkeit der Gesellschaft führen; *Korehnke*, Treuwidrige Stimmen im Personengesellschafts- und GmbH-Recht, S. 40, will satzungsändernde Beschlüsse einer vollumfänglichen Überprüfung unterstellen.

## a. Gerichtliche Kontrolldichte und unternehmerisches Ermessen

Dem Geschäftsführer steht nach § 43 Abs. 1 GmbHG ein für die unternehmerische Tätigkeit erforderlicher Beurteilungsspielraum zu, der einer gerichtlichen Kontrolle nicht zugänglich ist. Richtigerweise ist auch den Gesellschaftern, jedenfalls im Rahmen der Beurteilung einer unternehmerischen Entscheidung in Geschäftsführungsangelegenheiten, eine Prerogative bei der Stimmrechtsausübung und Beschlussfassung einzuräumen.<sup>614</sup> Beschließen die Gesellschafter eine haftungsrelevante Maßnahme der Geschäftsführung, wird der ausgeübte Beurteilungsspielraum gerichtlich nicht überprüft. Der Beschluss dient als Grundlage der Geschäftsführungsmaßnahme, welche ihrerseits vom unternehmerischen Ermessen erfasst ist. Auch andernorts sieht das Gesetz eine unternehmerische Willensbildung durch die Gesellschafter vor, die den Gesellschaftern einen weitreichenden Beurteilungsspielraum ermöglicht.<sup>615</sup>

Allgemeine Voraussetzung ist danach das Vorliegen einer *unternehmerischen Entscheidung* im engeren Sinne. Diese zeichnet sich durch die mögliche Auswahl zwischen mehreren rechtlich zulässigen Maßnahmen aus.<sup>616</sup> Nicht erfasst sind daher alternativlose sowie rechtswidrige Entscheidungen. In diesen Fällen fehlt es gerade an der ermessenseröffnenden unternehmerischen Entscheidung, weshalb die gerichtliche Kontrolldichte nicht eingeschränkt ist. Es mangelt regelmäßig an einer rechtlich zulässigen Handlungsalternative. Die Marschroute des Entscheidungsträgers ist vorgegeben. In diesen Fällen liegt eine sogenannte *gebundene Entscheidung* vor, die allgemein einer vollumfänglichen Überprüfung zugänglich ist.<sup>617</sup> Folglich steht dem Entscheidungsträger grundsätzlich kein Ermessen dahingehend zu, eine rechtswidrige Entscheidung zu treffen. Derartige Fälle stellen keine unternehmerischen Entscheidungen im vorstehenden Sinne dar. Daraus folgt umgekehrt, dass eine innerhalb des unternehmerischen Ermessensspielraums getroffene Entscheidung der Gesellschafter rechtlich nicht zu beanstanden ist.<sup>618</sup>

---

<sup>614</sup> Siehe dafür die Darstellungen vorstehend unter „Teil 2 B.II.2.b.cc.(2)“.

<sup>615</sup> Beispielsweise im Rahmen der Beschlussfassungen bei der Gewinnverwendung nach Maßgabe des § 29 Abs. 1, 2 GmbHG, siehe dazu vorstehend unter „Teil 3 A.II.2.c.“; vgl. eingehend auch BGHZ 88, 320, 320 ff.; OLG Nürnberg, DB 2008, 2415, 2415 ff.

<sup>616</sup> Allg. Auffassung vgl. nur BGHZ 135, 244, 254; *Sven H. Schneider*, DB 2005, 707, 709 f.

<sup>617</sup> Vgl. BGHZ 135, 244, 254; *Sven H. Schneider*, DB 2005, 707, 710.

<sup>618</sup> So auch *Lutter*, JZ 1995, 1053, 1055: „Die Rechtsordnung akzeptiert in diesem Rahmen jedes Ergebnis und die Gerichte haben insoweit keine materielle Prüfungscompetenz“.

## b. Beschneidung des unternehmerischen Ermessens bei der gerichtlichen Kontrolle durch die Annahme gebundener Entscheidungen

Problematisch erscheint, dass der ermessenseröffnende Begriff der unternehmerischen Entscheidung die *prozessuale* Reichweite der gerichtlichen Kontroll-dichte mit der *materiellen* Zulässigkeit der Stimmrechtsausübung in gewisser Weise verzahnt. Indem das Gericht das unternehmerische Ermessen nur dort berücksichtigt, wo eine unternehmerische Entscheidung im engeren Sinne vorliegt, darf es in Fällen einer gebundenen Entscheidung vollumfänglich tätig werden.<sup>619</sup> Es gleicht einem Zirkelschluss, wenn das Gericht seine Kontrollbefugnis dadurch begründen könnte, dass eine von zwei Handlungsmöglichkeiten als rechtswidrig beurteilt wird und die einzig verbleibende Option nunmehr als gebundene Entscheidung zu qualifizieren ist.<sup>620</sup> Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Stimmrechtsausübung durch die Gesellschafter besteht mithin die Gefahr, dass die Position des Gesellschafters durch die Nichtbeachtung einer unternehmerischen Prärogative verschlechtert wird. Die Gerichte dürften nunmehr die gesamte Auseinandersetzung beurteilen.

Eine Entflechtung durch die Überlegung, dass die Rechtswidrigkeit der Maßnahme „anderweitig“ bestehen muss, also die Rechtswidrigkeit einer Handlungsoption unabhängig vom Ausgang des betriebenen Verfahrens schon feststeht, scheidet evident aus. Schließlich umfasst die gerichtliche Kontrolle die Gesetzeswidrigkeit der Stimmrechtsausübung. Sofern deren Prüfung im Einzelfall die Rechtswidrigkeit, beispielsweise wegen Treupflichtverstoßes, ergibt, lag dieser schon im Zeitpunkt der Beschlussfassung vor. Eine unternehmerische Entscheidungsmöglichkeit bestand zu keiner Zeit. Eine Lösung gilt es daher durch die anderweitige Berücksichtigung des Ermessens zu finden.

---

<sup>619</sup> Zielführend OLG Nürnberg, DB 2008, 2415, 2417: „Eine gerichtliche Überprüfung dieser Abwägung kann allerdings nicht dazu führen, dass nur eine einzig denkbare Entscheidung alle abzuwägenden Interessen angemessen berücksichtigt und sämtliche anderen Entscheidungsmöglichkeiten über eine Gewinnverteilung fehlerhaft wären. Andernfalls würden unternehmerische Entscheidungen allein vom Gericht getroffen. Vielmehr ist ein Eingriff des Gerichts in den Kernbereich unternehmerischer Autonomie unzulässig.“

<sup>620</sup> Dies kann insbesondere in Fällen möglichen Verstoßes gegen die Treupflicht problematisch sein, da diese ihrerseits erst einzelfallbezogen zu konturieren ist. Siehe „Teil 3 B.II.1.“

### c. Eigener Ansatz: Anerkennung eines tatbestandlichen Ermessens im weiteren Sinne

Es fragt sich erstens, ob ein bestehendes unternehmerisches Ermessen der Gesellschafter nur die gerichtliche Kontrolle einschränkt<sup>621</sup> oder *materiellrechtlicher* Bestandteil der Stimmrechtsfreiheit der Gesellschafter ist.<sup>622</sup> In diesem Fall könnte das unternehmerische Ermessen bei der Beurteilung des Stimmverhaltens der Gesellschafter berücksichtigt werden. Dieser Frage kommt somit einerseits Relevanz bei der Konturierung rechtmäßigen, insbesondere auch treupflichtskonformen, Verhaltens zu.<sup>623</sup> Andererseits kann dadurch die vorstehend skizzierte Gefahr der Überschreitung gerichtlicher Kontrollbefugnisse bei unternehmerischen Entscheidungen entschärft werden.<sup>624</sup> In einem zweiten Schritt ist zu untersuchen, ob die Prärogative lediglich das vorwerfbare Verhalten (*Verschulden*) begrenzt oder letztlich schon die Verhaltenspflichten im Innenverhältnis (*Pflichtverletzung*) definiert.

Voraussetzung für die tatbestandliche Berücksichtigung ist, dass den Gesellschaftern im Innenverhältnis ein (unternehmerisches) Ermessen – im weiteren Sinne – schon bei der Abstimmung im Rahmen der Beschlussfassung zusteht. Der Stimmrechtsausübung ist oftmals eine unternehmerische Prognose immanent. Daher könnte insbesondere hinsichtlich der Bestimmung von unzulässigem, insbesondere treuwidrigem Stimmverhalten stets die Prärogative zu berücksichtigen sein.<sup>625</sup> Es bestehen inhaltliche Beschränkungen einer im Übrigen freien Abstimmung der Gesellschafter, vgl. § 47 Abs. 1 GmbHG.<sup>626</sup> Dieser Grundsatz der Stimmrechtsfreiheit lässt sich zur Begründung einer tatbestandlichen Berücksichtigung des unternehmerischen Ermessens der Gesellschafter zunächst nur indirekt fruchtbar machen. Schließlich fehlt eine Verpflichtung der

---

<sup>621</sup> OLG Hamm, AG 1977, 233, 234; OLG Düsseldorf, DB 1996, 974, 974 f.

<sup>622</sup> „Setzt eine mögliche Differenzierung hinsichtlich des Sorgfaltsmaßstabes bereits auf der Ebene der objektiven Pflichtwidrigkeit ein, oder kann sie allenfalls im Hinblick auf das Verschulden des einzelnen Gesellschafters Relevanz gewinnen?“ Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 109, indes beschränkt auf Fälle des verschuldensabhängigen Schadensersatzes.

<sup>623</sup> Sie stellt das notwendige Durchgangsstadium für die im Verlauf der Ausarbeitung noch zu behandelnde Frage dar, inwieweit das unternehmerische Ermessen der Gesellschafter zur Konturierung des Tatbestands der treupflichtsbedingten Stimmpflicht der Gesellschafter herangezogen werden kann, siehe näher in „Teil 3 B.II.1.c.cc.(5)(c)“.

<sup>624</sup> Siehe oben „Teil 3 B.I.3.b.“.

<sup>625</sup> Dazu noch eingehend „Teil 3 B.II.1.c.cc.(5)“.

<sup>626</sup> „Teil 3 B.I.1.“.

Gesellschafter zur ermessensgerechten Ausübung der Stimme. Demnach prüft auch das Gericht die Stimmabgabe nicht auf ihre Ermessensfehlerhaftigkeit als solche. Dort wo eine ermessensüberschreitende Stimmrechtsausübung zugleich gegen inhaltliche, gesetzliche Grenzen verstößt, beschränken vielmehr diese die Stimmrechtsfreiheit. Ausgangspunkt eines gerichtlichen Einschreitens ist daher regelmäßig die Geltendmachung eines Anspruchs, welcher die Berücksichtigung des Beurteilungsspielraums vorsehen oder ermöglichen kann. Prominentestes Beispiel ist die Haftungsprivilegierung des Geschäftsführers im Rahmen des § 43 Abs. 1 GmbHG durch eine Konkretisierung der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ im Sinne des § 43 Abs. 1 GmbHG. Das unternehmerische Ermessen konkretisiert hier den Maßstab sorgfältigen Verhaltens. Die Anknüpfung des unternehmerischen Ermessens gewährleistet einen sachgerechten Maßstab und die gleichzeitige Begrenzung für unternehmerische Entscheidungen<sup>627</sup>. Den häufigsten und daher am meisten diskutierten Anwendungsfall stellt der Schadensersatzanspruch gegen den Gesellschafter dar. Hier wird vorgeschlagen, dass ein Gesellschafter, der ein bestehendes Ermessen nicht überschreitet, mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und somit ohne *Verschulden* handle (vgl. § 276 Abs. 2 BGB).<sup>628</sup> Verallgemeinernd ist somit festzuhalten, dass eine bestehende Prärogative zur Konkretisierung eines materiell-tatbestandlichen Verschuldensmaßstabs herangezogen werden kann. Dem unternehmerischen Ermessen der Gesellschafter kommt in diesen Fällen eine Doppelfunktion zu. Es reduziert die gerichtliche Kontrolldichte im Rahmen unternehmerischer Entscheidungen (im engeren Sinne) und schafft dadurch einen haftungsprivilegierten Raum. Darüber hinaus kann es bei der materiell-rechtlichen Beurteilung des Verschuldens berücksichtigt werden.

Weitergehend soll erwogen werden, ob die Prärogative schon herangezogen werden kann, um die Verhaltenspflichten und damit den *materiell-rechtlichen Verhaltensmaßstab* im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander beziehungsweise zur Gesellschaft zu definieren.<sup>629</sup> Diese Betrachtung erlaubt eine Berücksichtigung des unternehmerischen Ermessens gerade auch außerhalb von (verschuldensabhängigem) Schadensersatz. Die Anknüpfung des unternehmerischen

---

<sup>627</sup> Scholz/Uwe H. Schneider, GmbHG, § 43, Rn. 50, vgl. insbesondere die Überschrift „Maßstäbe und Grenzen für unternehmerische Entscheidungen“.

<sup>628</sup> Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 107 ff. m.w.N., siehe sogleich „Teil 3 B.II.1.c.cc.(2)“.

<sup>629</sup> Ablehnend Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 109 f.; siehe dazu noch „Teil 3 B.II.1.c.cc.(5)(c)(aa)“.

Ermessens erfolgte dann nicht erst im Rahmen des Verschuldens, sondern der haftungsbegründenden Pflichtverletzung beziehungsweise bei der Bestimmung der Reichweite pflichtgemäßen Verhaltens im Übrigen. Das unternehmerische Ermessen des Gesellschafters ist Bestandteil der Mitgliedschaft. Die Prognose ist dem Grunde nach Teil jeder mitgliedschaftlichen Handlung, die auf die Erreichung des Gesellschaftszwecks gerichtet ist. Folglich handelt ein Gesellschafter grundsätzlich nicht pflichtwidrig, sofern er sich innerhalb des im Einzelfall zustehenden Ermessens bewegt.<sup>630</sup> Bei der Beurteilung rechtmäßigen Verhaltens sollte damit stets die Einstrahlung des Ermessens beachtet werden, sofern die Art der Pflicht dies zulässt. Es bleibt festzuhalten, dass die Berücksichtigung eines unternehmerischen Ermessens nicht zwingend erst auf der Ebene des Verschuldens erfolgen muss, sondern auch bei der Bestimmung pflichtwidrigen Verhaltens beachtet werden *kann*.

Danach können sich die Anwendungsbereiche des prozessual beziehungsweise materiell zu berücksichtigenden Ermessens überschneiden. Prozessual besteht Ermessen nur bei unternehmerischen Entscheidungen im vorstehenden Sinne,<sup>631</sup> dagegen kann andernorts eine Pflichtverletzung oder Verschulden ausscheiden. Bei der Beurteilung unterschiedlicher in Betracht kommender Voten, würde ein tatbestandliches Ermessen letztlich auch deren Rechtmäßigkeit beeinflussen. Würde man lediglich die gerichtliche Kontrolle einschränken, könnte ein Verhalten im Prozess als nicht unzulässig angesehen werden, wohingegen andernorts die *gleichwohl vorliegende* materiell-rechtliche Pflichtverletzung beispielsweise einen statutarischen Kündigungs- oder Abberufungsgrund darstellt. Liegt ein dergestalt kongruenter Bereich vor, kann es im Übrigen auch für die Beurteilung weiterer gesellschaftsinterner Abläufe sachgerecht sein, die Frage rechtmäßigen Verhaltens schon tatbestandlich zu beurteilen. Durch die Anerkennung eines tatbestandlichen Ermessens wird gewährleistet, dass keine eigentliche Kontrolle des unternehmerischen Geschicks im Prozess stattfinden kann. Gleichzeitig kann dadurch eine Beschneidung der Prärogative durch die gerichtliche Kontrolle – einer als gebunden beurteilten Entscheidung – vermieden werden. Die Grenze zulässiger

---

<sup>630</sup> Vgl. im Ergebnis *Lutter*, JZ 1995, 1053, 1055: „Die Rechtsordnung akzeptiert in diesem Rahmen jedes Ergebnis“.

<sup>631</sup> „Teil 3 B.I.3.a.“.

Ermessensausübung des Gesellschafters – im weiteren Sinne – ließe sich beispielsweise dort ziehen, wo eine Entscheidung unternehmerisch schlechterdings unvertretbar wäre.<sup>632</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Die grundsätzliche freie Stimmrechtsausübung der GmbH-Gesellschafter unterfällt jedenfalls dann einer Inhaltskontrolle, wenn diese gegen gesetzliche Ausübungsgrenzen verstößt. Die Beschlussfassung wird dabei inhaltlich auch durch bewegliche Schranken begrenzt, insbesondere die gesellschaftsrechtliche Treupflicht. Im Bereich dieser flexiblen Schranken korreliert die Reichweite der Inhaltskontrolle mit der Festlegung der Stimmrechtsgrenze im Einzelfall. Die Anerkennung eines unternehmerischen Ermessens begrenzt die richterliche Kontrolldichte bei der Beurteilung der Stimmrechtsausübung durch die Gesellschafter. Darüber hinaus wirkt sich eine bestehende Prärogative auch materiell-rechtlich im Innenverhältnis der Gesellschafter untereinander aus und kann bei der Konturierung der Stimmrechtsgrenzen Berücksichtigung finden.

## II. Beschlussfassung und Treupflicht

Einen vielschichtigen, in seinen Einzelfragen höchst umstrittenen Bereich stellt die treuwidrige Willensbildung und -betätigung in der Beschlussfassung der Gesellschaft dar. Nachstehend soll versucht werden, einen Beitrag zur tatbestandlichen Konturierung zu liefern, der im Weiteren bei der prozessualen Behandlung treuwidriger Willensbildung fruchtbar gemacht wird. Schwierigkeiten bereiten dabei sowohl die Bestimmung der Rechtsfolge von treuwidrig abgegebenen Stimmen, als auch deren prozessuale Handhabe im Erkenntnisverfahren und der Zwangsvollstreckung. Schließlich drängt sich die Frage auf, inwieweit auch einstweiliger Rechtsschutz zulässig ist.

### 1. Treuwidrige Willensbetätigung

Als gesetzliche Grenze zulässiger Stimmrechtsausübung beschränkt die Treupflicht die inhaltliche Freiheit der Stimmrechtsausübung und damit auch die richterliche Kontrolle. Vor dem Hintergrund des generalklauselartigen, offenen Tat-

---

<sup>632</sup> Dieser Maßstab entspricht dann der vom BGH, WM 1970, 1165, 1166, verwendeten Formel zur Abgrenzung zulässiger unternehmerischer Kontrolle, „Teil 3 B.I.2.“.



bestandes der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht bereitet auch die abstrakte Konturierung und Prüfung rechtmäßigen Stimmverhaltens im Einzelfall erhebliche Probleme.

#### a. Allgemeiner Umfang der Treupflicht und Herleitung von Stimpflichten

Die Gesellschafter einer GmbH unterstehen nach mittlerweile anerkannter Auffassung der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht.<sup>633</sup> Die ursprünglich OHG-rechtlichen Grundsätze wurden angesichts ihrer häufig personalistischen Struktur auf die GmbH übertragen.<sup>634</sup> Berücksichtigung fand die Treupflicht für die GmbH dem Wesen nach somit schon in den Jahren 1953, 1954 und damit deutlich vor der vielzitierten *ITT*-Entscheidung des BGH 1975.<sup>635</sup> In der Folge unterstellte der BGH auch die Stimmabgabe als solche unter das Regime der Treupflicht.<sup>636</sup>

Die von der *organschaftlichen* zu unterscheidende *mitgliedschaftliche* Treupflicht begründet vornehmlich das Gebot redlichen und loyalen Verhaltens im Interesse der Verfolgung des satzungsmäßigen Gesellschaftszwecks.<sup>637</sup> Überwiegend wird der Treupflicht dabei eine Geltung in doppelter Richtung zugesprochen: Gegenüber den Mitgesellschaftern und im Verhältnis zur Gesellschaft

---

<sup>633</sup> Allgemein anerkannt, siehe nur RGZ 164, 262; 169, 333, 333 ff.; BGHZ 9, 157, 163; 14, 25, 38; 65, 18, 18 f.; 98, 276, 279 f.; Ulmer/*Raiser*, GmbHG, § 14, Rn. 67 ff. m.w.N.; anders noch BGH, ZIP 1988, 1117, 1118 und OLG Nürnberg, GmbHR 1994, 252, 256 wonach die Treupflicht nur für die personalistisch ausgestaltete GmbH gelten sollte; im Einzelnen bestehen unterschiedliche Auffassungen zur der rechtlichen Grundlage, bei *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 46 ff.; *Korehnke*, Treuwidrige Stimmen im Personengesellschafts- und GmbH-Recht, S. 26 ff.; Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 14, Rn. 50 m.w.N.

<sup>634</sup> „Wenn auch anders als bei der offenen Handelsgesellschaft kein Gemeinschaftsverhältnis besteht und darum nicht schon hieraus die Pflicht zu gegenseitiger Treue abgeleitet werden kann, so obliegt den Gesellschaftern einer GmbH doch eine echte, nicht bloß den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) beinhaltende Treupflicht, weil die Beziehungen des Gesellschafters zur GmbH und seinen Mitgesellschaftern nicht rein kapitalistisch, sondern auch persönlicher Art sind.“ BGHZ 9, 157, 163.

<sup>635</sup> BGHZ 65, 15; ebenso *Flume*, ZIP 1996, 161, 162, mit einer ausführlichen Chronologie der Entscheidungen; anders MüKo/GmbHG/*Fleischer*, Einl., Rn. 187, der darin nur eine „verbale Anerkennung“ sieht.

<sup>636</sup> BGHZ 88, 320, 320 ff.; näher dazu sogleich „Teil 3 B.II.2.a.aa.“.

<sup>637</sup> OLG Düsseldorf, ZIP 1996, 1083, 1087; *Lutter*, AcP 1980, 84, 102 f.; Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 14, Rn. 51.

selbst.<sup>638</sup> Die Treupflicht fungiert daher gleichermaßen als Abwehrrecht der Gesellschafter und als verpflichtendes Element. Die Treupflicht wurde im Wege richterlicher Rechtsfortbildung als Generalklausel geschaffen, deren Tatbestand von „Fall zu Fall“<sup>639</sup> ausgestaltet werden sollte und weiterentwickelt wurde. Grundsätzlich besteht ein weitreichender Anwendungsbereich der Treupflicht: Umfasst sind zunächst *Unterlassungs-* und *Handlungspflichten* beziehungsweise positive Leistungspflichten der Gesellschafter.<sup>640</sup> Im Ergebnis besteht darüber hinaus Einigkeit, dass auch die Rechtsausübung durch die Treupflicht begrenzt sein kann (*Schrankenfunktion*).<sup>641</sup> Die Treupflicht des (GmbH-)Gesellschafter kann diesen dazu verpflichten seine Stimme bei der Beschlussfassung dergestalt auszuüben, dass ein bestimmter Beschluss im Interesse der Gesellschaft zustande kommt. Ausschlaggebend war dabei die Anerkennung der Treupflicht als *Grenze* des Stimmrechts.<sup>642</sup> Nach allgemeiner Auffassung besteht eine derartige Stimmpflicht, sofern die konkrete Beschlussfassung *objektiv dringend geboten* beziehungsweise *notwendig*, sowie *subjektiv* für den widerstrebenden Gesellschafter *zumutbar* sei.<sup>643</sup> Letztlich kann darin eine konkrete Ausgestaltung der allgemeinen Pflicht gesehen werden, das Wohl der Gesellschaft zu fördern und Schaden von ihr und den Gesellschaftern fern zu halten.

---

<sup>638</sup> Vgl. schon RG, DR 1941, 1307; BGHZ 65, 15, 18; BGHZ 80, 346, 349; BGH, NJW 1985, 1901; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 99; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 45, Rn. 108; Lutter, ZHR 1998, 164, 176 ff.; Korehnke, Treuwidrige Stimmen im Personengesellschafts- und GmbH-Recht, S. 29; anders Flume, Allgemeiner Teil d. BGB, 1. Teil 2. Bd, S. 268 f., der zwischen Gesellschaftern von Kapitalgesellschaften im Gegensatz zur Personengesellschaft eine „besondere Treupflicht“ der Gesellschafter untereinander angesichts der bestehenden mitgliedschaftlichen Stellung (in der juristischen Person) für nicht erforderlich erachtet, jedoch in der Personengesellschaft vertragliche Beziehungen bestünden; ders., ZIP 1996, 161, 161, sieht daher darin aufgrund der fehlenden Notwendigkeit eine reine „Leerformel“.

<sup>639</sup> Pehle/Stimpel, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 18.

<sup>640</sup> Zu den diskutierten Pflichten der Gesellschafter, Scholz/Seibt, GmbHG, § 14, Rn. 59, 60.

<sup>641</sup> Etwa RGZ 146, 396; BGHZ 9, 178; 14, 38; 76, 352, 357; 80, 346, 349; zuletzt insbesondere auch BGHZ 129, 136 („Girmes“); Lutter, AcP 1980, 84, 120 ff.; Winter, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 167 ff.; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 593; MüKo/GmbHG/Drescher, § 47, Rn. 257; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, § 47, Rn. 111; Scholz/Emmerich, GmbHG, § 13, Rn. 46, /K. Schmidt, § 14, Rn. 54.

<sup>642</sup> BGHZ 14, 25, 38.

<sup>643</sup> Allgemeine Formel, vgl. etwa BGHZ 44, 40, 41; BGHZ 68, 212, 212 ff.; BGHZ 98, 276, 276 f.; BGH, NJW 1987, 952, 953; schon Mestmäcker, BB 1961, 945, 945 ff.; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 47, Rn. 31; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, GmbHG, § 53, Rn. 82.

Der äußere Umfang der Treupflicht kann niemals weiter gehen als die Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter und der Gesellschaft, aus der überhaupt ihre Berechtigung abgeleitet wird.<sup>644</sup> Der Maßstab treupflichtigen Verhaltens im Einzelfall ist, insbesondere im Hinblick auf die konkret abzuleitenden Pflichten, von der tatsächlichen Ausgestaltung der Gesellschaft abhängig.<sup>645</sup> Folglich korreliert im Verband die Verantwortung mit den statutarisch und vertraglich eingeräumten Rechten der Mitglieder.<sup>646</sup> Daraus ergibt sich regelmäßig eine umfangreichere Treupflichtbindung, je umfassender die Rechte und Pflichten des einzelnen Gesellschafters in dessen GmbH ausgestaltet sind.

## b. Weitergehende Überlegung: Sonderrechte und Beschlussfähigkeitsquoten

Überall dort, wo die Treupflicht eine Stimmpflicht begründet, wirkt sie sich auch auf statutarische Sonderrechte und Beschlussfähigkeitsquoten aus.<sup>647</sup> Daher wird konsequenter- und richtigerweise angenommen, dass die (treuwidrige) Ausübung eines dem Gesellschafter eingeräumten Veto-Rechts einer verweigerten Zustimmung gleichkommt.<sup>648</sup>

Fraglich ist dagegen, wie statutarische Beschlussquoten zu behandeln sind. Im Grundsatz ist die Nichtabgabe einer Stimme oder die Enthaltung unbeachtlich, da bei der Berechnung der Mehrheit nur die abgegebenen Stimmen gezählt werden, § 47 Abs. 1 GmbHG.<sup>649</sup> Daher scheidet treuwidriges Verhalten grundsätzlich aus.

Eine abweichende Bewertung kommt jedoch in Fällen in Betracht, in denen ein Quorum für die Beschlussfassung statutarisch geregelt ist, deren Unterschreitung

---

<sup>644</sup> Vgl. im Ergebnis auch *Seidel*, Die mangelnde Bedeutung mitgliedschaftlicher Treupflichten im Willensbildungsprozess der GmbH, S. 29, der dabei allerdings die Schutzbedürftigkeit maßgeblich mit Blick auf anderweitige Regelungen eingeschränkt sieht, die (vorrangigen) Schutz bieten.

<sup>645</sup> Vgl. zur „Korrelation von Realstruktur und Intensität der Treupflicht“, *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 186 ff.; zur Lebenswirklichkeit der GmbH eingehend in „Teil 2 B.II.3“.

<sup>646</sup> Vgl. auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 588.

<sup>647</sup> Zur statutarischen Gestaltungspraxis von Veto-Rechten und Quoren unter „Teil 2 B.II.2.b.“.

<sup>648</sup> Wegweisend OLG Stuttgart, NZG 2000, 490, 490 f., das bei der Beurteilung der Treuwidrigkeit der Ausübung eines Widerspruchsrechts losgelöst vom Maßstab der Stimmpflichten die – im Fall evidente – Rechtsmissbräuchlichkeit der Rechtsausübung zugrunde legte.

<sup>649</sup> So auch bei der Enthaltung, vgl. OLG Celle, GmbHR 1998, 140, 143; BGH, ZIP 1897, 635, 636 (zum Verein).

ein Gesellschafter gezielt herbeiführt. Das OLG Hamburg<sup>650</sup> hatte eine Anfechtungsklage von Gesellschaftern, die eine Beschlussfassung (gezielt) boykottierten, als unbegründet zurückgewiesen, da deren rechtsmissbräuchliches Berufen auf die satzungsmäßige Beschlussunfähigkeit im Prozess treuwidrig gewesen sei. Die Gesellschafter hätten dadurch eine formale Rechtsposition entgegen des zugrundeliegenden Regelungszwecks ausgenutzt.<sup>651</sup>

Zu klären ist, ob schon die Handlung eines boykottierenden Gesellschafters mit Blick auf eine bestehende (Zu-)stimmungspflicht treuwidrig sein kann. Dies wirkt sich maßgeblich auf die weitere Beschlussfassung – sofern noch nicht erfolgt – sowie auf die prozessuale Handhabung im Streitfall aus.<sup>652</sup> Entscheidend ist insbesondere, ob bei treuwidrigem Fernbleiben die Gesellschafterversammlung als beschlussfähig anzusehen ist.<sup>653</sup> Dann wäre weder eine erneute Einberufung erforderlich, noch folgte die Rechtswidrigkeit des Beschlusses, sofern die Gesellschafterversammlung mit der Beschlussfassung fortfährt. Dagegen argumentiert *Römermann*,<sup>654</sup> dass im Interesse der Rechtssicherheit die Motive des Gesellschafters unbeachtlich bleiben müssen. Danach wäre in Abhängigkeit der jeweiligen Satzungsbestimmungen weiter zu verfahren und die Gesellschafterversammlung gegebenenfalls erneut einzuberufen.

Die Treuwidrigkeit kann sich aus unterschiedlichen Gründen ergeben, entweder der dem Ausgangsfall innewohnenden missbräuchlichen Ausnutzung einer Rechtsposition, oder schon aus der Verletzung, schadensabwendende Maßnahmen zu fördern. Schließlich können beide Fälle zusammenfallen. In diesen Fällen kann dann der Vorwurf treuwidrigen Verhaltens, losgelöst von den Motiven, an die Verletzung der Förderpflicht geknüpft werden. Die Treupflicht verpflichtet die Gesellschafter, Schaden von der Gesellschaft und den Gesellschaftern fernzuhalten. Spiegelbildlich besteht die Verpflichtung, diejenigen Maßnahmen zu treffen, die zur Schadensabwehr erforderlich sind. Im Bereich der Willensbildung manifestiert sich diese Zielsetzung in der Annahme von Stimmpflichten bei

---

<sup>650</sup> OLG Hamburg, NJW-RR 1991, 673 betrachtete die Anfechtungsklage von Gesellschaftern als unbegründet, da diese rechtsmissbräuchlich auf die selbst herbeigeführte Beschlussunfähigkeit im Sinne der Satzung sei. Im zugrundeliegenden Fall hatten Gesellschafter die Versammlung vor der Feststellung der Anwesenheit wieder verlassen. Das Gericht schloss aus dem Verlassen der Versammlung, dass diese ein unliebsames Beschlussergebnis boykottieren wollten.

<sup>651</sup> OLG Hamburg, NJW-RR 1991, 673, 674.

<sup>652</sup> Siehe die Darstellung der prozessualen Besonderheiten nachstehend unter „Teil 3 B.II.2.“.

<sup>653</sup> In diese Richtung Scholz/*K. Schmidt*, GmbHG, § 48, Rn. 44a.

<sup>654</sup> Michalski/*Römermann*, GmbHG, § 48, Rn. 131.

der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung zur Schadensabwehr gebotener, zumutbarer Maßnahmen. Die Verpflichtung des Gesellschafters erfasst notwendigerweise auch die zur Schadensabwehr erforderlichen Vorbereitungshandlungen und Zwischenschritte. Die Verhinderung der Beschlussfähigkeit als Mittel zur Blockade eines konkreten, unliebsamen und mit Blick auf die Treupflicht alleinig zulässigen Beschlussergebnisses ist ihrerseits (materiellrechtlich) treuwidrig, sofern eine Stimmpflicht bestanden hätte.<sup>655</sup> Die Übertragung der gefundenen Grundsätze zur Stimmpflicht ist sachgerecht: Ist eine verweigerte Zustimmung – im Wege der Einzelstimme – treuwidrig, so muss dies erst recht für die Verweigerung der Beschlussfassung als solche gelten. Sofern die Beschlussfassung erkennbar auf eine Maßnahme gerichtet ist, für die im Abstimmungsfall nach den dargestellten Grundsätzen eine Stimmpflicht bestanden hätte, gilt diese Verpflichtung aus der mitgliedschaftlichen Treupflicht hier erst recht. Die konkretisierte Förderpflicht wird missachtet.

Zusammenfassend wirkt sich eine Verpflichtung zur Stimmrechtsausübung sowohl auf deren zulässigen Inhalt als auch funktional darauf aus, zulässig ausgeübten Einzelstimmen durch die Ermöglichung der Beschlussfassung als solcher Geltung zu verschaffen. Die Vereitelung der erforderlichen Beschlussfähigkeit ist ebenso ein tauglicher Angriff auf die Willensbildung der Gesellschaft und kann daher einen Treupflichtsverstoß begründen. Gilt es, Schaden von der Gesellschaft fernzuhalten,

### c. Umfang der Zustimmungspflicht

Ausgehend vom stets beachtlichen äußeren Rahmen der Treupflicht, soll nachstehend versucht werden, den Umfang der Zustimmungspflicht zu bestimmen.

#### aa. Grundsatz und Fallgruppen

Die Beurteilung des Stimmverhaltens wird überwiegend dadurch vorgenommen, dass die konkrete Beschlussfassung *objektiv dringend geboten* beziehungsweise *notwendig*, sowie *subjektiv* für den widerstrebenden Gesellschafter *zumutbar* sei.<sup>656</sup> Nach alledem wäre der konkrete Maßstab treupflichtskonformen Verhaltens stets einzelfallbezogen im Wege einer Interessenabwägung zu ermitteln.<sup>657</sup>

---

<sup>655</sup> Zur Herleitung vorstehend „Teil 3 B.II.1.a.“.

<sup>656</sup> Allgemeine Formel, Nachweise in Fußn. 643.

<sup>657</sup> Vgl. nur BGHZ 98, 276, 280; BGH NJW 1989, 3192, 3193; Ulmer/Raiser, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 132 f.; MüKo/GmbHG/Harbarth, § 53, Rn. 115.

Viel diskutierte Fälle behandelten seinerzeit erforderlich gewordene Kapitalmaßnahmen in der Folge des durch die GmbHG-Novelle 1980 erhöhten Mindeststammkapitals.<sup>658</sup> Dagegen wird heutzutage eine Zustimmungspflicht zu einer Kapitalerhöhung dem Grunde nach und solange verneint, wie die Gesellschaft nicht sanierungsbedürftig ist.<sup>659</sup> Eine Reihe von Anwendungsfällen ergibt sich insbesondere hinsichtlich angestrebter Satzungsänderungen.<sup>660</sup> Dabei kann schon die Beseitigung einer (diskutierten) Rechtsunsicherheit einen ausreichenden Grund bieten.<sup>661</sup> Es kann sich die Pflicht ergeben, die Interessen der übrigen (Minderheits-)Gesellschafter bei der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung zu achten.<sup>662</sup> Eine weitere Fallgruppe entschiedener Fälle bildet der Bereich der Geschäftsführung: Die Stimmrechtsausübung kann dabei einerseits im Hinblick auf die Person des Geschäftsführers,<sup>663</sup> andererseits in sachlicher Hinsicht eingeschränkt sein<sup>664</sup>.

#### *bb. Bedürfnis der Konturierung der Stimmpflicht*

Problematisch ist allerdings die schwammige Kontur einer derartigen Stimmpflicht. Das Bedürfnis zur Konturierung ergibt sich schon aus dem Wesen der Treupflicht als Produkt richterlicher Rechtsfortbildung. Diese schaffte zwar den

---

<sup>658</sup> Siehe BGHZ 98, 276, 278 ff.; NJW 1989, 3192, 3193; LG Bielefeld, ZIP 1985, 1327, 1328.

<sup>659</sup> Vgl. BGH, NJW 1985, 974, 974 f; BGHZ 183, 1, 1 ff.; vgl. auch BGH, GmbHR 2011, 529; OLG Stuttgart, BB 2013, 2127; zuletzt und wegweisend zur praktisch relevanten Beschlussfassung bei Sanierungsbedürftigkeit BGHZ 129, 136, 142 ff. („Girmes“), dazu eingehend bei *Bücheler*, Eingriff in Gesellschafterrechte im Insolvenzplan, S. 73 ff.

<sup>660</sup> Selbstredend im Zuge der genannten Kapitalerhöhungen; nach kartellrechtlicher Beanstandung, dazu bei *K. Schmidt*, AG 1987, 333, 337; zur Anpassung an die geänderte Geschäftsgrundlage, vgl. BGHZ 44, 40, 41; zur Ermöglichung der Nachfolge (zum Fall einer Erbfolge, BGH, NJW 1987, 952; BGH, NJW-RR 2005, 263) bzw. der Übertragbarkeit der Geschäftsanteile im Rahmen einer Erbaueinandersetzung, OLG Düsseldorf, GmbHR 1987, 475, dahingehend anders noch LG Düsseldorf, ZIP 1985, 1269, 1271; vgl. zum Ganzen auch bei *Ulmer/Ulmer*, GmbHG, § 53, Rn. 81 ff.; *Ulmer/Raiser*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 133.

<sup>661</sup> Vgl. LG Hannover, ZIP 2009, 666, 667 f. zur Schaffung eines unzweideutigen Gesellschaftsvertrags, um künftige Investitionsentscheidungen von Aktionären nicht zu gefährden.

<sup>662</sup> OLG Nürnberg, DB 2008, 2415, 2416 ff.

<sup>663</sup> Dabei stellt die Abberufung eines Geschäftsführers, sofern ein wichtiger Grund vorliegt einen häufigen Grund dar, siehe etwa BGHZ 102, 172, 176; OLG Hamburg, GmbHR 1992, 43, 45; OLG Köln, GmbHR 2011, 135; vgl. OLG Düsseldorf, GmbHR 2012, 1363, 1364.

<sup>664</sup> Beschluss zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen, vgl. BGHZ 135, 244; LG Düsseldorf, DB 1994, 1028, 1029; Weisungsbeschlüsse der Gesellschafter an den Geschäftsführer, LG Düsseldorf, DB 1994, 1028, 1029; Erteilung der statutarisch erforderlichen Zustimmung zu Geschäften, OLG Hamm, GmbHR 1992, 612.

Rechtsgrund und rechtlichen Kerngedanken, ohne jedoch auch die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Einzelfall bereitzustellen („Tatbestand“). Zudem zeigt die praktische Schwierigkeit, ein Stimmverhalten als treupflichtswidrig einzustufen, das Bedürfnis nach Abgrenzungskriterien. Es wird zu zeigen sein, dass in einer Vielzahl der Fälle überhaupt die eigentliche Prüfung fehlt,<sup>665</sup> ob wenigstens die blassen Merkmale vorliegen („Tatbestandsmäßigkeit“). Ungeachtet der Frage der genaueren Bestimmungen der tatbestandlichen Kriterien ist die sachverhaltsseitige Aufklärung durch das erkennende Gericht unumgänglich. Diese sind sodann in die Abwägung im Einzelfall einzustellen, welcher umso mehr Bedeutung beizumessen ist, je offener der Tatbestand der Stimmpflicht gefasst ist. Bei der Rezeption einzelner Entscheidungen im Schrifttum, wird eine – zugegeben häufig schwierige – Auseinandersetzung mit genau dieser Frage häufig vermieden.<sup>666</sup> Die Schwierigkeit der Feststellung einer fehlerhaften Erkennung durch das Gericht im Nachhinein, ergibt sich aus der Komplexität der Materie als solcher. Nunmehr könnte erwogen werden, die Überprüfung des gerichtlichen Ermessens nach den allgemeinen Grundsätzen auf die fehlerhafte Ermessensausübung zu beschränken. Dabei stößt man jedoch zwangsläufig auf die Besonderheit, dass den Gesellschaftern bei der Willensbildung und Beschlussfassung gerade ein Ermessen zusteht, welches die Rechtswidrigkeit eines Stimmverhaltens ausschließen könnte.<sup>667</sup>

Die Treupflicht wurde im Wege richterlicher Rechtsfortbildung als Generalklausel geschaffen, welche von „Fall zu Fall“<sup>668</sup> nachgezeichnet werden sollte. Dadurch wurde ein Instrument zur Begrenzung der Mitgliedschaftsrechte installiert, welches seinerseits nur den Rechtsgrund bereitstellt, nicht jedoch auch eine

---

<sup>665</sup> *Seidel*, Die mangelnde Bedeutung mitgliedschaftlicher Treupflichten im Willensbildungsprozess der GmbH, S. 132 weist – wenngleich im Zusammenhang mit seiner grundsätzlichen Ablehnung der Heranziehung der Treupflicht – zutreffend darauf hin, dass die Treupflicht „weniger als Erkenntnisquelle [fungiert, sondern] mehr als Legitimation der im Einzelfall vorgenommenen Güterabwägung“; siehe Rechtsprechungspraxis „Teil 3 B.II.1.c.cc.(1)“.

<sup>666</sup> Beispielhaft bei *K. Schmidt*, GmbHR 1992, 9, 10, der bei der Besprechung des „Cats“-Urteils des Hanseatischen OLG Hamburg vom 28.6.1991 die richterliche Annahme einer im Interesse der Gesellschaft gebotenen und subjektiv zumutbaren Abstimmung „Tatfrage“ ausklammert.

<sup>667</sup> Siehe die Herleitung „Teil 3 B.I.3.“ und eingehend nachstehend „Teil 3 B.II.1.c.cc.(5)(c)“.

<sup>668</sup> *Pehle/Stimpel*, Richterliche Rechtsfortbildung, weist zutreffend auf den methodischen Widerspruch hin: Wurde die gesellschaftsrechtliche Treupflicht als richterliche Generalklausel geschaffen, die noch zu konkretisieren wäre, so fehlte den ergangenen Entscheidungen mithin ihre Begründung; siehe auch bei *Flume*, ZIP 1996, 161, 164.

für den Einzelnen erkennbare tatbestandliche Beschränkung. Anders gewendet: Es wurde ein gesetzlich nicht ausdrücklich geregeltes Korrektiv geschaffen, welches mitunter (erst) durch die Erfordernisse des konkreten Falls konturiert wird. So steht bei der Prüfung eines konkreten Verstoßes gegen die Treupflicht regelmäßig die Interessenabwägung der Beteiligten im Mittelpunkt. Die Notwendigkeit eines derartigen flexiblen Instruments,<sup>669</sup> rechtfertigt grundsätzlich möglicherweise bestehende Handlungsunsicherheiten. Verlockend einfach ist etwa die auf den ersten Blick unverfängliche Aussage *Koppensteiners/Grubers* „eine generelle und zugleich ausreichend konkrete Umschreibung für Inhalt und Grenzen der Treupflicht ist nicht möglich. So variiert die Intensität der Bindung zunächst nach dem Umfang der Mitgliedschaft“.<sup>670</sup> Freilich ist der Tatbestand der Treupflicht sowie dessen Anwendungsbereich offen und der konkrete Pflichtenkatalog von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Davon zu unterscheiden ist jedoch die Bereitstellung von *abstrakten* Kriterien für die (spätere) *einzelfallbezogene* Prüfung. Denn, die Flexibilität der Reichweite steht dennoch im Spannungsfeld von Einzelfallgerechtigkeit und einem messbaren Verhaltensmaßstab für die Gesellschafter durch eine wünschenswerte Begrenzung des richterlichen Beurteilungsspielraums. Keinesfalls entbehrt die offene Gestaltung des Tatbestands jedenfalls einer ausreichenden Würdigung der Tatsachenebene im konkreten Fall. Im Gegenteil: Charakteristisch für ungeschriebene Anspruchsgrundlagen ist gerade das Fehlen einer Abwägung der Interessen durch den Gesetzgeber. Je konturärmer eine Anspruchsgrundlage ist, desto größer ist die Bedeutung einer Auseinandersetzung im Einzelfall. Daher müsste in einem ersten Schritt *ad-hoc* eine abstrakte Präzisierung des Tatbestands erarbeitet werden, der insbesondere einen Ausgleich der Interessen umfasst. Sodann erst darf es zu einer Subsumtion unter die abstrakten Kriterien kommen, die im Urteil nachvollziehbar sein muss. Eine derart gründliche Vorgehensweise fehlt jedoch oftmals in der Praxis und steht immer im chronischen Widerstreit zur Prozessökonomie. Die dynamische Fortentwicklung der Treupflicht, lässt sich beispielhaft am Bereich der mitgliedschaftlichen Beschlussfassung verdeutlichen. Der BGH unterstellte die Stimmabgabe als solche dem Korrektiv der Treupflicht. In der Folge beurteilte er

---

<sup>669</sup> Die Treupflicht als nicht erforderlich ablehnend *Flume*, ZIP 1996, 161, 161, siehe auch Nachweise in Fußn. 638 und *Seidel*, Die mangelnde Bedeutung mitgliedschaftlicher Treupflichten im Willensbildungsprozess der GmbH, S. 208.

<sup>670</sup> *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber*, GmbHG, § 47, Rn. 128.



treuwidrige Stimmen zunächst als anfechtbar und später als nichtig.<sup>671</sup> Es entspricht seither der allgemeinen Auffassung, dass eine Maßnahme treuwidrig ist, die der Verfolgung von gesellschaftsfremden, eigenen Interessen des Gesellschafters dient.<sup>672</sup> Dagegen ist die Verfolgung von eigenen Interessen nicht per se zu beanstanden, solange in der Maßnahme kein missbräuchliches Verhalten liegt.<sup>673</sup>

In krass gelagerten Fällen kann die Einigkeit der Parteien über die unzweifelhafte Alternativlosigkeit einer Maßnahme die Treuwidrigkeit indizieren.<sup>674</sup> Häufig werden die Fälle jedoch weniger eindeutig liegen, wenn etwa eine Maßnahme lediglich möglicherweise ungeeignet oder weniger geeignet ist den Gesellschaftszweck zu fördern oder die Erfolgsaussichten zur Schadensabwehr unklar sind. Die schwache Konturierung des Tatbestands verlagert demnach die Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit weit in das Ermessen des Gerichts.

Soweit sich Stimmpflichten als spezielle Ausprägung der Treupflicht darstellen, so zeichnen sie sich durch den besonderen Umstand aus, dass die Beurteilung dieser Pflicht häufig eine Prognose der „Gebotenheit“ oder „Notwendigkeit“ einer Maßnahme beinhaltet. Ohnehin wird sich erst ex post zeigen, ob eine Verletzung dieser Stimmpflicht überhaupt schädlich war. Kommt es zu einer gerichtlichen Klärung trifft das Gericht nunmehr anstelle des Gesellschafters diese Prognose im Rahmen der Interessenabwägung. Es droht daher die Missachtung des unternehmerischen Ermessens der Gesellschafter.<sup>675</sup> Diese Kollision ist umso wahrscheinlicher, je weiter dem Gericht die Abwägung der Interessen im Einzelfall uneingeschränkt anheim gestellt ist. Keinesfalls darf dies in letzter Konsequenz zu einer Erweiterung des vorherrschend auf Gesetzesverstöße begrenzten Kontrollmaßstabs führen. Denn, sofern die konkret-fallbezogene Beurteilung treupflichtswidrigen Verhaltens im Einzelfall Kriterien der Zweckmäßigkeit oder sachlichen

---

<sup>671</sup> Vgl. BGHZ 88, 320, 320 ff. zur erstmaligen Anfechtbarkeit der Einzelstimme und sodann BGH, NJW 1991, 846, 846 f., mit fortan vertretener Nichtigkeit ipso iure. Siehe „Teil 3 B.II.2.“.

<sup>672</sup> *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 105, 173; *Korehnke*, Treuwidrige Stimmen im Personengesellschafts- und GmbH-Recht, S. 39; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 47, Rn. 30.

<sup>673</sup> Allgemeine Auffassung, BGHZ 14, 25, 38; BGH, GmbHR 1970, 232; OLG Nürnberg, GmbHR 1975, 111, 113; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 47, Rn. 30; differenzierend zwischen eigennützligen Rechten und Geschäftsführungsangelegenheiten, *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 95 ff., 121 ff.; *Ulmer/Raiser*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 132.

<sup>674</sup> Zur Existenzbedrohung einer Gesellschaft vgl. BGHZ 98, 276 und BGH, WM 1987, 841.

<sup>675</sup> Vgl. am Beispiel der Ergebnisverwendung nach § 29 GmbHG, OLG Nürnberg, DB, 2008, 2415, 2416 ff.; zur Herleitung des unternehmerischen Ermessens, vorstehend „Teil 3 B.I. 3.c.“.

Rechtfertigung einschließt, würden diese letztlich im Gewand des Gesetzesverstosses mitgeprüft. Angesichts des kompromisslosen Charakters einer Stimmrechtsvorgabe im Einzelfall,<sup>676</sup> sowie deren unmittelbarer Auswirkungen auf die unternehmerische Freiheit der Mitglieder im Grundsätzlichen, gilt es umso mehr die Stimmpflicht zu konturieren.

Das Bedürfnis nach einer Konkretisierung wird mit Blick auf die veränderte Rechtsprechungspraxis besonders akut: Zunächst wurde die Stimmrechtsausübung als solche zum gegenständlichen Anknüpfungspunkt von Anfechtungen und somit zur Stellschraube korrigierend einzugreifen. In einem zweiten Schritt nahm der BGH nunmehr die Nichtigkeit von treuwidrigen Stimmen an. Als wesentlicher Unterschied zum früheren Urteil des BGH, macht die neuere Behandlung einer Stimme als nichtig einen (Anfechtungs-)Prozess der übrigen Gesellschafter und das damit verbundene Risiko entbehrlich.<sup>677</sup> Im Ergebnis wird dadurch die Beweislast auf den Dissident verlagert. Es ist zu beklagen, dass dies in der Gerichtspraxis nicht zu einer Überprüfung der bis dahin angewandten Merkmale geführt hat. Nach diesem vorherrschenden<sup>678</sup> *Nichtigkeitsdogma* wird das Erfordernis nach tatbestandlicher Sicherheit, insbesondere mit Blick auf den Gerichtsprozess umso bedeutsamer. Insgesamt droht eine Umkehrung des Regel-Ausnahme Verhältnisses von Stimmrechtsfreiheit und ihren Grenzen und der damit nach den allgemeinen Grundsätzen bestehenden Verteilung der Beweislast: Wird die Stimme eines Gesellschafters im Beschlussergebnis als *nichtig* angesehen und deshalb nicht beachtet, müsste dieser Gesellschafter prozessieren, um seiner Stimme Berücksichtigung zu verschaffen. Damit obläge ihm die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Umstände, weshalb die Beschlussfeststellung – beziehungsweise der Beschluss – rechtswidrig ist. Diese Vorgehensweise bedeutet gleichzeitig eine Verschlechterung der Position des einzelnen Gesellschafters, wie sie ebenfalls die Rolle der Versammlungsleitung oder übrigen Gesellschafter stärkt, sofern man die Kompetenz zur Beurteilung der Stimme als

---

<sup>676</sup> Dagegen sieht *Seidel*, Die mangelnde Bedeutung mitgliedschaftlicher Treupflichten im Willensbildungsprozess der GmbH, S. 132, in der Reduktion auf lediglich zulässige Voten letztlich keine Einmischung in die Willensbildung, da diese nur beim Vorliegen von mehr als zwei Entscheidungsmöglichkeiten in Betracht käme. Diese Unterscheidung greift jedoch in Fällen zu kurz, in denen ein bestimmtes Mehrheitserfordernis, insbesondere Einstimmigkeit, vorgeschrieben ist und daher eine Enthaltung des Gesellschafters die Wirkung einer Ablehnung hat.

<sup>677</sup> Vgl. auch *Büchele*, Eingriff in Gesellschafterrechte im Insolvenzplan, S. 82, 84.

<sup>678</sup> Zur Entwicklung der Rechtsprechungspraxis und deren Rezeption im Schrifttum siehe die ausführlichen Darstellungen nachstehend „Teil 3 B.II.2.“ mit den Verweisen in Fußn. 758 ff.

treuwidrig annehmen möchte.<sup>679</sup> Zuletzt wird die Beschlussfassung und -durchsetzung auch im Falle bestehender Streitigkeiten im Gesellschafterkreis beschleunigt, was eine hinreichend gründliche Prüfung im Einzelfall zusätzlich erschwert. Daher besteht ein Bedürfnis zur Konturierung der Treupflicht letztlich sogar schon wegen dieser eingeräumten Kompetenz und mithin quasi-Vorwegnahme der gerichtlichen Klärung der Treuwidrigkeit.

Insgesamt greift das Korrektiv der Treupflicht noch unmittelbarer in die mitglied-schaftliche Willensbildung ein. Bei der Beurteilung der Anfechtbarkeit einer treuwidrigen Stimme müsste zusätzlich deren Relevanz im Beschlussergebnis hinzukommen. Daher wäre nicht per se die Willensbildung und Kundgabe des Einzelnen durch die Stimmabgabe kassiert, sondern nur, sofern diese sich rechtlich auf die Willensbildung aller Gesellschafter in der Beschlussfassung auswirkt.<sup>680</sup> Im Übrigen ist die verlässliche Bestimmung treuwidrigen Abstimmungsverhaltens im Schadensersatzprozess und insbesondere auch im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes relevant, sofern der Gesellschafter im Wege der einstweiligen Verfügung zu einem bestimmten Votum angehalten werden soll<sup>681</sup>.

#### *cc. Konturierung der Stimpfpflicht*

##### *(1) Rechtsprechungspraxis: Kriterium „dringender Gebotenheit“ / „Notwendigkeit“*

Nach der vorherrschenden Rechtsprechungspraxis wird stets die *objektiv dringende Gebotenheit* beziehungsweise *Notwendigkeit* sowie die *subjektive Zumutbarkeit* für den Dissertanten als entscheidender Maßstab für die Annahme einer Stimpfpflicht angesehen.<sup>682</sup> Weitere Kriterien zur Konturierung des danach maßgeblichen *Notwendigkeitskriteriums* werden dabei scheinbar nicht bereitgestellt. Diese Kriterien sind in den krassen Fällen einer unstreitig unvermeidlichen Existenzbedrohung zweifelsfrei ausreichend. In den 1980er Jahren entschied der BGH, dass die gesetzliche Androhung der Zwangsauflösung im Zusammenhang mit der GmbH-Novelle von 1980 die Kapitalmaßnahme zur Anpassung dringend gebiete.<sup>683</sup> Dies kann als Paradebeispiel eines alternativlosen Beschlusses ange-

---

<sup>679</sup> Zur umstrittenen Beurteilungskompetenz des Versammlungsleiters „Teil 3 B.II.2.a.bb.“.

<sup>680</sup> Diese Unterscheidung ist mit Blick auf die praktischen Auswirkungen eher ideeller Natur.

<sup>681</sup> Siehe dafür die Darstellungen nachstehend „Teil 3 B.II.2.c.“.

<sup>682</sup> Vgl. zu dieser allgemeinen Formel schon oben „Teil 3 B.II.1.a.“ mit Nachweisen in Fußn. 643.

<sup>683</sup> BGHZ 98, 276, 278 ff.; BGH, WM 1987, 841.

sehen werden. Sofern die Nichtumsetzung einer Kapitalmaßnahme in den übrigen Konstellationen eine Existenzbedrohung aufgrund ihrer krassen, finalen Folgen bedeuten kann, so bedarf die Feststellung der Notwendigkeit einer Prüfung alternativer Möglichkeiten der Vermeidung<sup>684</sup>.

Auch in den zahlreichen Urteilen auf der Grundlage dieser Rechtsprechung finden sich kaum weitergehende Kriterien, die geeignet sind den Maßstab näher zu umreißen. Beginnend im Jahr 1983 nahm der BGH bei der Beurteilung treuwidrigen Gesellschafterverhaltens auch die Stimmrechtsausübung als solche in den Blick.<sup>685</sup> Nunmehr konnte auch die einem – treuwidrigen – Beschluss zugrundeliegende Stimme eines Gesellschafters gesondert angefochten werden. In der Folge ging der BGH einen konsequenten Schritt weiter und forderte die Nichtigkeit jener Stimmen.<sup>686</sup> Damit schafften die Gerichte die Grundlage die Willensbetätigung des Gesellschafters unmittelbar greifbar zu machen und kehrten letztendlich die Beweislast um. In diesen wegweisenden Entscheidungen setzen sich die Richter allerdings nicht weiter mit der Frage auseinander, welche (materiellen) Anforderungen an die Treuwidrigkeit der Stimme gestellt werden sollten. Aufgrund der weiterentwickelten und nunmehr drastischeren und unmittelbareren Konsequenzen auf die Willensbildung der GmbH, wäre eine Rückkoppelung an den materiellen Tatbestand wünschenswert. Eine erkennbare Auseinandersetzung mit den Merkmalen der Treupflicht nimmt der BGH in der Folgezeit lediglich in einem Fall einer streitigen Abberufung eines Geschäftsführers und den Abberufungsgründen vor.<sup>687</sup> Jedoch lassen die Richter es auch hier vermissen, den Merkmalen durch eine Definition ihrer Reichweite Kontur zu verschaffen. Der BGH konkretisierte allerdings die Anforderungen an die Stimmpflicht durch das *Girmes*-Urteil.<sup>688</sup> Wesentlich war dabei die Anerkennung der Treupflicht auch für einen Minderheitsgesellschafter. Hier entschied das Gericht, dass für die Beurteilung des mitgliedschaftlichen Stimmverhaltens zur Beschlussfassung über eine Sanierungsmaßnahme vier Kriterien *kumulativ* vorliegen müssten: *Ers- tens* müsse das Scheitern der zu beschließenden Sanierungsmaßnahme (im Fall eine Kapitalherabsetzung und späteren Kapitalerhöhung) zum Zusammenbruch

---

<sup>684</sup> Vgl. auch *K. Schmidt*, ZGR 1982, 519, 524 zur Kapitalmaßnahme als Reaktion auf anderweitig unvermeidbaren Zusammenbruch.

<sup>685</sup> BGHZ 88, 320, 320 ff.; Ausführlich dazu nachstehend „Teil 3 B.II.2.a.aa.“.

<sup>686</sup> BGH, NJW 1991, 846, 846 f.

<sup>687</sup> BGH, NJW-RR 1993, 1253.

<sup>688</sup> BGHZ 129, 136, 136 ff.; eine ausführliche Würdigung des Sachverhalts bei *Marsch-Barner*, Treupflicht und Sanierung, ZIP 1996, 853, 854 ff.

der Gesellschaft führen. *Zweitens* müsste der Zusammenbruch die Stellung des einzelnen Gesellschafters ungünstig beeinflussen. *Drittens* sei zu fordern, dass die Sanierungsmaßnahme die Verfolgung des Gesellschaftszwecks nachhaltig sicherstellt. *Zuletzt* sei beschränkend festzustellen, dass keine schonendere Sanierungsmöglichkeit in Betracht käme.

Richtigerweise sind die im zugrundeliegenden Fall für die AG entwickelten Kriterien auf die GmbH übertragbar.<sup>689</sup> Ausgehend von der historischen Herleitung der Treupflicht von der Personengesellschaft auf die GmbH und sodann auf die AG<sup>690</sup>, steht diesem Rückschluss nichts im Wege. Inwieweit der Kriterienkatalog auf andere Fallgruppen und Beschlussgegenstände übertragbar ist, erscheint dagegen fraglich. Dem existenzbedrohenden Charakter einer erforderlichen<sup>691</sup> Sanierung wird man viele Beschlussgegenstände, die zwar die Interessen der Gesellschafter und der Gesellschaft, nicht aber den Verband als solchen gefährden, nicht gleichstellen können. Auch aus einem weiteren Grund erscheint die Übertragung problematisch: So war die Beurteilung des Sachverhalts im zugrundeliegenden Fall dadurch erleichtert, dass die Parteien zu den entscheidenden Punkten übereinstimmende Angaben machten (etwa zur Erreichung des Gesellschaftszwecks). Eine wirkliche Alternative bestand nicht.<sup>692</sup> Die Richter mussten sich folglich nicht mit der Frage auseinandersetzen, ob eine alternativ vorgebrachte Sanierungsmöglichkeit ebenso erfolgsversprechend wäre. Jene Prognose wird man nur dann ablehnen können, wenn der Vorschlag schlechthin unvertretbar scheint, was ein Gericht nur schwer feststellen könnte.<sup>693</sup> In der Urteilsbegründung werden dazu keine weiteren Aussagen darüber getroffen, welcher Maßstab an eine mögliche alternativ in Betracht zu ziehende Maßnahme zu stellen ist. Die Konsequenz ist eine Fortentwicklung der Treupflicht im Rahmen von Beschlüssen zur Sanierung auch auf die (Klein-)Aktionäre einer AG. Es erscheint dagegen fraglich, inwieweit daraus ein verallgemeinerungsfähiges Substrat für die Konturierung der treupflichtskonformen Stimmrechtsausübung gezogen werden

---

<sup>689</sup> Müller, Der Verband in der Insolvenz, S. 333; Büchele, Eingriff in Gesellschafterrechte im Insolvenzplan, S. 75.

<sup>690</sup> Vgl. etwa die Darstellung der Entwicklung bei Henssler, DZWiR 1995, 430, 431.

<sup>691</sup> Zur Klarstellung soll darauf hingewiesen werden, dass es freilich für eine Gesellschaft erforderlich sein kann, dass eine Sanierung durchgeführt wird („Ob“). Nicht jedoch ist damit auch die Erforderlichkeit einer von möglicherweise mehreren Maßnahmen zur Erreichung des Sanierungserfolgs zu verstehen („Wie“).

<sup>692</sup> Hennrichs, AcP 1995, 221, 255 ff.; Lutter, JZ 1995, 1053, 1055.

<sup>693</sup> So auch Müller/Rödter/Schmidt-Hern, Beck'sches Hdb. AG, § 17, Rn. 83.

kann. Indes ist zumindest der Schluss naheliegend, dass in ultimativen Fällen die Zustimmung als *ultima ratio* zu fordern ist.

In der Folgezeit wurden diese entwickelten Kriterien, auch der Sache nach, nicht weiter verallgemeinert. Die Rechtsprechung zur Bestimmung treuwidriger Stimmrechtsausübung ist seither allenfalls dahingehend einheitlich, dass sie stets ihren eigenen Maßstab an den Umfang der Prüfung der Merkmale der Zustimmungspflicht anlegt, namentlich ein divergierendes Maß bei der „Notwendigkeit“. Es finden sich insgesamt nur vereinzelte Präzisierungen dahingehend, welche Anforderungen – insbesondere außerhalb von Sanierungsfällen – an die möglichen nachteiligen Auswirkungen zu stellen sind und wie die Nähe des Schadenseintritts zu ermitteln ist. Zu einer besonderen großzügigen Handhabe gelangte das OLG Stuttgart:<sup>694</sup> Zunächst ließ es die schlüssige Glaubhaftmachung eines möglicherweise eintretenden Schadens durch den klagenden Gesellschafter ausreichen. Dabei wollten die Richter dem Vorbringen des die Unternehmensumstrukturierung blockierenden Gesellschafters keine Relevanz beimessen, dass dem Unternehmen wiederum bei der Durchführung der zu beschließenden Maßnahme in der Zukunft Nachteile entstehen können. Sie verlagerten den maßgeblichen Vorwurf dahin, dass der widersprechende Gesellschafter seine Stimme auf eine neugegründete (vermögenslose) Gesellschaft übertragen hatte, um damit einer Schadensersatzpflicht zu entgehen.

Das OLG Düsseldorf setzte einen abgestuften Maßstab an die Schwere der drohenden Folgen in Abhängigkeit der zu beschließenden Maßnahme an.<sup>695</sup> Danach reiche das Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Abberufung des Geschäftsführers zugleich auch für die Begründung der Notwendigkeit des Beschlusses. Dagegen erfordere ein Einziehungsbeschluss zur Ausschließung eines Gesellschafters dessen völlige Untragbarkeit.

Den Charakter eines Ausnahmetatbestands betonte das OLG Stuttgart, indem das Gesellschafterermessen dadurch auf Null reduziert sein müsse, dass die zu beschließende Maßnahme die *einzig* geeignete Vorgehensweise sei, einen *schweren* Schaden abzuwenden.<sup>696</sup> Anderswo wird teilweise eine mögliche Schädigung der Gesellschaft in ihrer Existenz als Argument herangezogen.<sup>697</sup> Die Anforderungen

---

<sup>694</sup> OLG Stuttgart, BB 1999, 2316, 2317 ff.

<sup>695</sup> OLG Düsseldorf, GmbHR 2000, 1050, 1052 ff.

<sup>696</sup> OLG Stuttgart, NJW-RR 2003, 1619, 1619 f.

<sup>697</sup> Dabei stützte sich KG Berlin, ZIP 2003, 1042, 1043 f. auf ein in Auftrag gegebenes Privatgutachten.

an die zwingende Gebotenheit konkretisierte unlängst das OLG München.<sup>698</sup> Danach seien die Erfolgsaussichten einer zu beschließenden Sanierungsmaßnahme dergestalt maßgeblich und darzulegen, dass bestehende Zweifel eine Zustimmungspflicht ausschließen können<sup>699</sup>. Welchen Aufschluss eine solche Darlegung, ungeachtet des Gegenstands der zu beschließenden Maßnahme, geben muss veranschaulichte das OLG Stuttgart.<sup>700</sup> Für eine umfassende Abwägung der Interessen der Beteiligten ließ es sich die wirtschaftlichen Auswirkungen beider Beschlussergebnisse vorlegen.

Ausgehend von dem mit der Stimmabgabe bezweckten Abstimmungsziel, kann die Verfolgung eigener (wirtschaftlicher) Ziele die Treupflichtswidrigkeit der Stimme suggerieren.<sup>701</sup> Keinesfalls dürfe aus der Treupflicht eine Art grundlegender Schutz gegen sämtliche Gefahren für die Mitgesellschafter oder Gesellschaft hergeleitet werden.<sup>702</sup> Die negativen Auswirkungen müssten vielmehr eindeutig absehbar sein, was es darzulegen und zu beweisen gelte.<sup>703</sup> Dies wird regelmäßig dann der Fall sein, wenn der Schaden unweigerlich eintreten wird. So etwa entschieden bei einem Beschluss über die Entlastung der Geschäftsführer dar, wodurch der Gesellschaft *zwangsläufig* die konkrete Möglichkeit der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen verwehrt wird.<sup>704</sup>

Die *subjektive Zumutbarkeit* für den Gesellschafter kann in Sanierungsfällen durch eine Gegenüberstellung der wirtschaftlichen Folgen für den Gesellschafter ermittelt werden.<sup>705</sup> Begrenzend kann sich dagegen eine gesellschaftsvertragli-

---

<sup>698</sup> OLG München, ZIP 2014, 472.

<sup>699</sup> Vgl. auch LG Frankfurt/Main, NZI 2013, 986, 987 ff., wonach die Geschäftsführung einen „plausiblen Sanierungsplan“ aufzustellen habe.

<sup>700</sup> OLG Stuttgart, DB 2001, 854, 855 ff.

<sup>701</sup> LG Hannover, ZIP 2009, 666, 667 f., wonach die Verfolgung konzernstrategischer wirtschaftlicher Ziele durch die Mutter *offenkundig treuwidrig* sei.

<sup>702</sup> KG Berlin, Urteil vom 18.12.2008 – 23 U 95/08.

<sup>703</sup> KG Berlin, Urteil vom 18.12.2008 – 23 U 95/08.

<sup>704</sup> OLG Düsseldorf, DB 2001, 2035.

<sup>705</sup> Im Fall BGHZ 183, 1, 1 ff. wurden nach dem Vorgehen „*Sanieren oder Ausscheiden*“ die finanziell nachteiligen Auswirkungen eines Verbleibs in der sanierungsbedürftigen Gesellschaft verglichen. Die Gefahr einer „mittelbaren Nachschusspflicht“ verneinten die Richter, da der im Falle des Ausscheidens zu zahlende Liquidationsfehlbetrag geringer war als der, ohne die Sanierung unvermeidliche, Auflösungsfehlbetrag. Die Erforderlichkeit der Maßnahme war indes unbestritten. Dem letztendlich besser gestellten Gesellschafter wäre es zumutbar der Sanierung zuzustimmen, insbesondere da er risikofrei am möglichen zukünftigen Gewinn teilhaben könnte.

che Regelung auswirken, die etwaige Verhaltenspflichten der Gesellschafter hinreichend deutlich benennt.<sup>706</sup> Somit könnten die Gesellschafter nicht erwarten, dass darüber hinausgehende Opfer erbracht würden, welche den Dissertanten unzumutbar erscheinen. Die subjektive Zumutbarkeit hängt damit davon ab, dass keine schützenswerten Belange entgegenstehen. Jedenfalls nicht zu berücksichtigen sind dabei Belange außerhalb der eigentlichen Gesellschaftssphäre, insbesondere Privates.<sup>707</sup> Daher dürften wohl die Auswirkungen auf den Arbeitsplatz der übrigen Gesellschafter nicht zu beachten sein.

## (2) *Ansatz von Winter*

Als vielzitiertes Werk wird *Winters* Ausarbeitung aus 1988 seither häufig maßgeblich zur Konturierung der Treupflicht herangezogen. *Winter* befindet eine Maßnahme dann als treuwidrig, wenn diese bei ex ante Betrachtung, also zum Zeitpunkt der Beschlussfassung, zur Förderung des Gesellschaftszwecks eindeutig nicht geeignet war.<sup>708</sup> Ebenso ergebe sich aus dem vermögensverfügenden Charakter der Weisung an die Geschäftsführer das Verbot von Maßnahmen, die anerkannten kaufmännischen Grundsätzen zuwiderlaufen und aller Voraussicht nach zu einer Schädigung der Gesellschaft führen.<sup>709</sup> Verweigert ein Gesellschafter seine Zustimmung, so verstoße er gegen die Treupflicht, wenn die betreffende Geschäftsführungsmaßnahme zur Sicherung des Bestandes der Gesellschaft dringend erforderlich sei und deren Nutzen die Risiken eindeutig überwäge.<sup>710</sup> Zuletzt habe im Bereich der Satzungsänderungen die Notwendigkeit der Änderung eindeutig schwerer zu wiegen als die drohenden Nachteile.<sup>711</sup> Dabei sei eine Abstufung entsprechend den Grundsätzen zur Inhaltskontrolle von Mehrheitsbeschlüssen vorzunehmen.

---

<sup>706</sup> So klarstellend und unter Bezug auf den Fall BGHZ 183, 1 (vgl. vorstehend in Fußn. 705), BGH NJW 2011, 1667 ff., wonach die ausdrücklichen gesellschaftsvertraglichen Regelungen eine Nachschusspflicht ausgeschlossen hatten und somit eine dahingehende Erwartungshaltung nicht hätte bestehen können. Somit war trotz der möglichen Folge der Zahlungsunfähigkeit das Verhalten nicht treuwidrig. Die denkbare Besserstellung der risikoscheuen Gesellschafter sei der Regelung immanent und hinzunehmen.

<sup>707</sup> KG Berlin, WM 2012, 694, 694 f.

<sup>708</sup> *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 105, 107.

<sup>709</sup> *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 107.

<sup>710</sup> *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 173.

<sup>711</sup> *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 178 f.



Die Kriterien *Winters* zur Beurteilung der Treuwidrigkeit lassen sich zur – verallgemeinerungsfähigen – Präzisierung des Notwendigkeitskriteriums nur begrenzt fruchtbar machen. Einerseits sind die Ausführungen inhaltlich auf die Beurteilung von Risikogeschäften zugeschnitten. Mit Blick auf die Rechtsfolgen-  
seite zieht *Winter* dort eine Parallele zur Haftung der Geschäftsführer für sorgfaltswidriges Verhalten.<sup>712</sup> Dadurch gestaltet er letztlich nicht die eigentliche Pflicht der Gesellschafter näher aus, sondern beschreibt den *Verschuldensmaßstab* einer möglicherweise erfolgten Pflichtverletzung. Die sogleich weiter zu vertiefende Frage der Anwendung von § 43 Abs. 1 GmbHG zur Berücksichtigung von unternehmerischem Ermessen, behandelt er dagegen nur bei der Frage vorwerfbarer Einflussnahme auf die Geschäftsführung durch Weisungen der Gesellschafter.<sup>713</sup> Die zu begrüßende Feststellung, dass eine Treupflichtverletzung erst durch „die Überschreitung des unternehmerischen Ermessensspielraums durch Herbeiführung einer prognostizierbaren Schädigung der GmbH“ begründet werde,<sup>714</sup> bezieht er folgerichtig nur auf den (verschuldensabhängigen) Schadensersatzanspruch. Am Beispiel treuwidriger Einzelstimmen wird zu zeigen sein, dass entgegen seiner Auffassung „eine Differenzierung der Sorgfaltsanforderungen“ auch außerhalb des „Bereichs des Verschuldens und damit für die Schadensersatzpflichten Bedeutung“ haben kann.<sup>715</sup>

Andererseits setzen sich die Ausführungen inhaltlich lediglich mit der Treupflicht als solcher auseinander. Als Unterfall der Treupflicht sind die Stimmverbote zwar von der Existenz der Treupflicht abhängig und durch ihre äußerste Reichweite begrenzt. Allerdings ist es wieder nicht möglich, die speziellere Frage der Gebotenheit oder Notwendigkeit eines Beschlusses mit dem allgemeineren Umfang der Treupflicht näher auszuschmücken.

---

<sup>712</sup> *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 107 f.

<sup>713</sup> *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 107 f. Daher beschränken sich seine Ausführungen zum anzulegenden Sorgfaltsmaßstab im Wesentlichen auf Fälle „schuldhaft aktive Einflussnahmen auf die Geschäftsführer“, S. 107 bzw. den „Weisungsbeschluss“, S. 109.

<sup>714</sup> *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 108.

<sup>715</sup> *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 109 f. Diese Einschränkung ist angesichts der weiteren Ausführung „Für die Frage der Anfechtbarkeit bleibt es dagegen bei einem einheitlichen Pflichtinhalt für sämtliche Gesellschafter. Dafür spricht namentlich, daß Streitgegenstand der Anfechtungsklage der Beschluß als Gesamtrechtsgeschäft, nicht aber die einzelne Stimmabgabe ist...“ augenscheinlich im Zusammenhang mit dem vor dem Nichtigkeitsdogma herrschenden Fokus auf die Beschlüsse und nicht auf die Einzelstimme zu sehen und soll nunmehr aktualisiert werden.

### (3) *Ansatz von Seidel*

*Seidel* untersucht die Treupflicht unter dem Gesichtspunkt ihrer Bedeutung bei der Lösung von Interessenkollisionen in der Gesellschaft.<sup>716</sup> Dabei verfolgt er den Ansatz, die Rolle der Treupflicht bei der Entflechtung von gesellschaftsinternen Streitigkeiten zu untersuchen, ohne dabei das Instrument der Treupflicht als solches weitergehend zu erforschen.<sup>717</sup> Dabei kategorisiert er die unterschiedlichen Anwendungsbereiche der Treupflicht im Willensbildungsprozess und bildet sodann Fallgruppen nach unterschiedlichen gängigen Beschlussgegenständen. Zentral ist die Frage, inwieweit der Treupflicht in den einzelnen Konstellationen ein eigenständiger Anwendungsbereich verbleibt, stets ausgehend von der Annahme, dass eine (bessere) Lösung schon über speziellere gesetzliche und statutarische Regelungen zu finden ist.<sup>718</sup> Im Rahmen dieser Trennung nach den Beschlussgegenständen steht sodann die Lösung der dem jeweiligen Gegenstand typischen Interessenkollision im Vordergrund ohne dabei die Kriterien der Zustimmungspflicht als solche zu beleuchten.<sup>719</sup>

Daher lassen sich die Ausführungen – obschon ihrer abweichenden Zielsetzung – bei der Aufstellung von Kriterien zur Notwendigkeit eines Votums nicht fruchtbar machen. Sofern *Seidel* eine restriktive Anwendung der Treupflicht als *ultima ratio* befürwortet („*Ob*“ der Anwendung der Treupflicht), so würde er eine Notwendigkeit der Heranziehung des Instruments als solchem ablehnen, nicht jedoch die inhaltliche Notwendigkeit eines bestimmten Beschlusses unter dem Gesichtspunkt der Treupflicht („*Wie*“).

### (4) *Ansatz von Weller*

Einen gänzlich anderen Weg wählt *Weller*, der anlässlich der Untersuchung der Klagbarkeit der (mitgliedschaftlichen) Treupflichten als Rücksichtspflichten,

---

<sup>716</sup> *Seidel*, Die mangelnde Bedeutung mitgliedschaftlicher Treupflichten im Willensbildungsprozess der GmbH.

<sup>717</sup> „Der hier gewählte induktive Ansatz stellt also die Lösung von Interessenkollisionen bei GmbH-Gesellschafterbeschlüssen in den Vordergrund, nicht das Rechtsinstitut Treupflicht“, *Seidel*, Die mangelnde Bedeutung mitgliedschaftlicher Treupflichten im Willensbildungsprozess der GmbH, S. 18.

<sup>718</sup> *Seidel*, Die mangelnde Bedeutung mitgliedschaftlicher Treupflichten im Willensbildungsprozess der GmbH, S. 29 ff., 177 ff., 208.

<sup>719</sup> *Seidel*, Die mangelnde Bedeutung mitgliedschaftlicher Treupflichten im Willensbildungsprozess der GmbH, S. 87 ff. Auf die Kriterien der Rechtsprechung der *Notwendigkeit* und *Zumutbarkeit* geht er nur im Zusammenhang mit Kapitalerhöhungsbeschlüssen ein, S. 131 ff.

Voraussetzungen einer Stimmpflicht herausarbeitet.<sup>720</sup> Treupflichten als Rückspflichten im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB ließen sich der allgemeinen Klagbarkeitsdogmatik für Rückspflichten unterstellen, welche im Gegensatz zu Leistungspflichten nicht stets und vorbehaltlos auf der Primärebene durchsetzbar seien.<sup>721</sup> Sofern man eine Verpflichtung des (Minderheits-)Gesellschafters zur bestimmten Ausübung seines Stimmrechts im Sinne einer Stimmpflicht fordert, käme das bei klageweiser Umsetzung einer Durchsetzung *in Natur* gleich.<sup>722</sup> Daher sei gleichermaßen in der allgemeinen Klagbarkeitsdogmatik wie im Bereich mitgliedschaftlicher Stimmpflichten eine Einschränkung der Klagbarkeit auf hinreichend bestimmbar Pflichten und einem überwiegenden Schutzinteresse an einer Durchsetzung *in Natur* zu fordern.<sup>723</sup> Im Bereich der Beschlussfassung bekommt die Treupflicht durch die genaue Benennung von Tagesordnungspunkten oder Beschlussgegenständen eine (scheinbare) Kontur. Voraussetzung ist dabei jedoch stets auch die im Einzelnen gerade so schwer festzustellende (Verletzung der) Treupflicht, die überhaupt einen Klaggrund liefert. Auch mit Blick auf die Interessenabwägung verläuft *Wellers* Ansatz, wie er selbst klarstellt,<sup>724</sup> im Wesentlichen kongruent mit den allgemeinen Kriterien der Rechtsprechung zur Stimmpflicht einer dringenden Gebotenheit und subjektiven Zumutbarkeit. Daher unterstreicht er die bestehende Problematik, sowie gleichermaßen die Bedenken, die gegen einen einstweiligen Rechtsschutz bestehen.

##### *(5) Eigener Ansatz zur Konturierung*

Insgesamt ist weder der Tatbestand einer Stimmpflicht ausreichend konkretisiert, noch wird in der Rechtsprechungspraxis dieses Defizit bei der Prüfung des Stimmverhaltens im Einzelfall hinreichend durch eine Abwägung der Interessen kompensiert. Im Folgenden soll versucht werden, Ansätze zur Konturierung der Stimmpflicht beziehungsweise Kriterien zur Prüfung im Einzelfall zu schaffen. Untersucht werden soll insbesondere auch, inwieweit unternehmerische Beurteilungsspielräume bei der Bestimmung des Maßstabs treupflichtskonformen Verhaltens Berücksichtigung finden können.

---

<sup>720</sup> *Weller* in: Liber Amicorum M. Winter, S. 755 ff.

<sup>721</sup> *Weller* in: Liber Amicorum M. Winter, S. 755, 757, 763 ff. mit einer Darstellung der zur Klagbarkeit von Sekundärpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB vertretenen Auffassungen.

<sup>722</sup> *Weller* in: Liber Amicorum M. Winter, S. 755, 757.

<sup>723</sup> *Weller* in: Liber Amicorum M. Winter, S. 755, 772.

<sup>724</sup> *Weller* in: Liber Amicorum M. Winter, S. 755, 771.

(a) *Fälle einer Verpflichtung zur Beschlussfassung*

Sofern eine wirksame Verpflichtung der Gesellschaft zur Beschlussfassung über einen bestimmten Gegenstand besteht, kann diese deren objektive Notwendigkeit begründen. Hierher gehören sowohl Fälle einer vertraglichen<sup>725</sup>, als auch einer gesetzlichen oder aufsichtsrechtlichen Verpflichtung<sup>726</sup> der Gesellschaft. Allein maßgeblich ist dann das Vorliegen des Tatbestands der die Verpflichtung begründet oder begründen würde. Einer Interessenabwägung bedarf es nur dann, wenn die rechtliche Grundlage diese erfordert, wohingegen ansonsten dem Tatbestand der jeweiligen Verpflichtung eine (erfolgte) Abwägung immanent ist. Abzugrenzen von einer derartigen Verpflichtung sind lediglich faktisch-ökonomische Gründe zur Einleitung von Maßnahmen. Diese können eine Verpflichtung der Gesellschafter unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Treupflicht lediglich indizieren und entbehren daher nicht einer gesonderten Prüfung nach den allgemeinen Grundsätzen.

Sofern die Nichtbeachtung schädliche Sanktionen für die Gesellschaft nach sich zieht, ist die verpflichtungsgemäße Beschlussfassung der Gesellschafter stets auch unter dem Gesichtspunkt treupflichtskonformen Verhaltens *notwendig*. Dabei reicht es aus, dass ein Beschlussergebnis in einem späteren Zeitpunkt sicher zu einem Verstoß gegen eine Verpflichtung führt, sofern dieser im Abstimmungszeitpunkt unmittelbar erkennbar ist.<sup>727</sup> Die Treupflicht jedes einzelnen Gesellschafters verpflichtet dann zur Abwendung der Sanktionen aus der Verpflichtung der Gesellschaft. Regelmäßig folgt die subjektive *Zumutbarkeit* für den Gesellschafter aus der eingegangenen (vertraglichen) Verpflichtung respektive der Pflicht zum gesetzesinsbesondere aufsichtsrechtskonformen Handeln zum Schutz der Gesellschaft.

In den übrigen Fällen, kann eine gesetzlich vorgesehene Maßnahme bei Vorliegen ihrer tatbestandlichen Voraussetzungen die Stimmrechtsausübung zur Umsetzung zwar anzeigen oder rechtfertigen.<sup>728</sup> Fehlt es dagegen an einer Verpflichtung der Gesellschafter zur Herbeiführung der Maßnahme durch Beschluss lässt sich auch ein Treupflichtsverstoß des Einzelnen nicht ableiten.

---

<sup>725</sup> Abweichend zu beurteilen sind freilich Stimmbindungsverträge vgl. „Teil 2 B.II.2.b.bb.(2)“.

<sup>726</sup> Etwa nach kartellrechtlicher Beanstandung, *K. Schmidt*, AG 1987, 333, 337.

<sup>727</sup> So kann es beispielsweise liegen, wenn eine Gesetzesänderung ein Tätigwerden nötig macht, um nach Ablauf der Übergangsfrist Gesetzeskonformität zu gewährleisten. Dies war etwa in den 1980er Jahren bei der GmbH-Novelle der Fall, vgl. dazu schon „Teil 3 B.II.1.c.aa.“.

<sup>728</sup> Sogleich „Teil 3 B.II.1.c.cc.(5)(b)“.

*(b) Fälle beschlussimmanenter gesetzgeberischer und statutarischer Wertungen*

Grundsätzlich darf die Begründung der Treupflichtsverletzung nicht ausschließlich darauf gestützt werden, dass ein Beschluss unzweckmäßig sei, oder diesem die sachliche Rechtfertigung fehle. Ausgehend von der grundsätzlichen immanenten Rechtfertigung der Stimmrechtsausübung, stellen derartige Anforderungen den anerkannten Ausnahmefall dar.<sup>729</sup> Dieses Ergebnis würde torpediert, stellte man zur Begründung eines Treupflichtsverstoßes nunmehr ausschließlich auf derartige Erwägungen ab. Folglich vermag die reine Unzweckmäßigkeit oder fehlende sachliche Rechtfertigung eine Stimmpflicht nicht zu begründen.

Nichtsdestotrotz trägt das Gesetz vereinzelt die sachliche Rechtfertigung für normierte Maßnahmen in sich.<sup>730</sup> In Abgrenzung zu den Fällen einer konkreten Verpflichtung zur Umsetzung oder Vornahme einer Maßnahme, liefern diese Tatbestände Anhaltspunkte zur Interessenabwägung durch die immanente gesetzgeberische oder statutarische Wertung. Eine Stimmrechtsausübung und Beschlussfassung, die auf die Inanspruchnahme des Instrumentariums gerichtet ist, begründet die Vermutung, dass die Gesellschafter die mit der Norm bezweckte Rechtsfolge anstreben. Der Gesetzgeber hat den GmbH-Gesellschaftern die für den mitgliederschaftlichen Zusammenschluss und deren Zweckverfolgung förder- oder erforderlichen Handhabungen bereitgestellt. Das Vorliegen einer abweichenden Zwecksetzung eines votierenden Gesellschafters, insbesondere das Vorliegen gesellschaftszweckwidriger Gründe, müsste sodann gesondert begründet werden. Vergleichbar ist es, wenn die Satzung der GmbH das Instrumentarium betreffend die gesellschaftsinternen Verhältnisse näher ausgestaltet hat. In der Praxis finden sich häufig beispielsweise Regelungen zur Ausschließung von Gesellschaftern (Einziehung der Geschäftsanteile aus wichtigem Grund, vgl. § 34 Abs. 1 GmbHG) oder dem (eingeschränkten) Widerruf der Bestellung von Geschäftsführern aus wichtigem Grund (vgl. § 38 Abs. 2 GmbHG).<sup>731</sup> Diese Bestimmungen beinhalten eine generelle Interessenabwägung dahingehend, dass das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen im konkreten Fall die Maßnahme

---

<sup>729</sup> BGH WM 1970, 1165, 1165 ff.; BGHZ 76, 352, 352 ff.; zum Ganzen siehe die vorstehenden Darstellungen „Teil 3 B.I.“.

<sup>730</sup> Dies ist etwa anerkannt für den Auflösungsbeschluss gemäß § 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG, vgl. BGHZ 76, 352, 353.

<sup>731</sup> „Teil 2 B.II.3.a.“.

rechtfertigt. Spiegelbildlich stellt die Ablehnung einer solchen Maßnahme, jedenfalls dann einen Treupflichtsverstoß dar, wenn die zugrundeliegende Regelung dem Schutz der Interessen der Gesellschaft oder der Gesellschafter dient. Die Beurteilung einer Treupflichtverletzung wird demnach auf die Prüfung des jeweiligen gesetzlichen Tatbestandsmerkmals verlagert. Einschränkend wäre die Exkulpation denkbar, sofern der Dissident den Nachweis darüber erbringt, dass keine konkrete Gefährdung der Interessen der Gesellschaft oder Gesellschafter durch die Nichtumsetzung droht. An anderen Stellen sieht das Gesetz einen Mechanismus zum Schutz der Interessen der einzelnen Gesellschafter vor, ohne eine derartige Wertung schon im Tatbestand zu beinhalten.<sup>732</sup> Das Gesetz verbietet dort zunächst nur die gänzliche Nichtbeachtung und überlässt eine Konkretisierung der Rechtsprechung und Schrifttum.

Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass dies nicht der begrenzten gerichtlichen Prüfungskompetenz widerspricht, wonach die Stimmrechtsausübung nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung hin untersucht wird.<sup>733</sup>: Das Gericht würde die Beschlüsse gerade nicht hinsichtlich einer fehlenden sachlichen Rechtfertigung überprüfen, sondern – spiegelbildlich – lediglich die durch das Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen *anzunehmende* sachliche Rechtfertigung im Rahmen der Interessenabwägung bei der Prüfung eines Treupflichtsverstoßes berücksichtigen.

### *(c) Treupflicht und unternehmerisches Ermessen*

Das unternehmerische Ermessen kann sowohl die richterliche Kontrolldichte begrenzen als auch den Maßstab vorwerfbar (Stimm)Verhaltens im Innenverhältnis modifizieren.<sup>734</sup> Im Folgenden soll beleuchtet werden, inwieweit das unternehmerische Ermessen materiell-rechtliche Berücksichtigung im Tatbestand der Treupflicht finden kann. In einem zweiten Schritt wird versucht, diese Erkenntnis zur Konturierung des Tatbestands der Treupflicht fruchtbar zu machen.

---

<sup>732</sup> Beispielsweise im Rahmen der Pflichten zur Beschlussfassung bei der Gewinnverwendung gemäß § 29 GmbHG, wo lediglich eine Ermessensschränke anzunehmen ist, vgl. BGHZ 88, 320, 320 ff.; OLG Nürnberg, DB 2008, 2415, 2416 ff.; auch Scholz/K. Schmidt, GmbHG § 47, Rn. 30. Vergleichbares gilt beim anerkannten Minderheitenschutz beim Bezugsrechtsausschluss.

<sup>733</sup> Siehe dazu eingehend „Teil 3 B.I.2.a.“ sowie die Darstellungen bei MüKo/GmbHG/Harbarth, § 53, Rn. 108 ff. m.w.N.

<sup>734</sup> Siehe dafür die Herleitung vorstehend in „Teil 3 B.I.3.c“.

*(aa) Tatbestandliche Berücksichtigung des unternehmerischen Ermessens*

Fraglich ist, ob und in welcher Form das unternehmerische Ermessen der Gesellschafter auch im Rahmen der Prüfung von Treupflichtsverstößen Berücksichtigung finden kann. Der den Gesellschaftern zustehende Beurteilungsspielraum könnte zur Konkretisierung des treupflichtsgemäßen Verhaltensmaßstabs im Innenverhältnis herangezogen werden. Die tatbestandliche Berücksichtigung hätte zur Folge, dass der Maßstab treupflichtskonformen Verhaltens auf ermessensfehlerfreie Entscheidungen erweitert würde.<sup>735</sup>

Eine derartige tatbestandliche Berücksichtigung des unternehmerischen Ermessens stellt die Haftungsprivilegierung im Rahmen des § 43 Abs. 1 GmbHG dar, die auch materiell-rechtlich den Verschuldensmaßstab im Innenverhältnis modifizieren kann.<sup>736</sup> Es fragt sich, ob eine derartige Einstrahlung auch im Rahmen der Treupflicht möglich ist. Dafür müsste zunächst – vergleichbar dem Grundgedanken des § 43 Abs. 1 GmbHG – den Gesellschaftern im Innenverhältnis ein Ermessen dergestalt zustehen, Beschlüsse nur am Unternehmenswohl zu rechtfertigen. Diese Annahme begegnet jedoch nicht nur aufgrund der doppelten Blickrichtung der Treupflicht, sondern auch aufgrund des mannigfaltigen Tatbestands Bedenken. Nach überwiegender Auffassung entfaltet die Treupflicht Wirkungen sowohl im Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft, als auch zwischen den Gesellschaftern.<sup>737</sup> Die Treupflicht hat ihre Berechtigung umfassend in sämtlichen Bereichen des Innenverhältnisses und somit etwa auch im Minderheitenschutz. Die konkreten Anforderungen an unschädliches Verhalten können in unterschiedlichen betroffenen (mitgliedschaftlichen) Bereichen abweichend ausfallen. Trifft etwa ein Mehrheitsgesellschafter eine unternehmerisch ermessensfehlerfreie Entscheidung, die der Gesellschaft nicht schadet, kann dennoch ein Minderheitsgesellschafter darin einen Treupflichtsverstoß sehen. Bestand demnach keine Stimmpflicht im Rahmen der Beschlussfassung, könnte das Verhalten dennoch eine sodann gesondert geltend zu machende Verletzung gegen die Treupflicht bedeuten oder andernorts vertragliche oder statutarische Pflichten verletzen.

---

<sup>735</sup> Beschränkt auf den Verschuldensbegriff im Rahmen des Schadensersatzprozesses auch *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 108, siehe zuvor „Teil 3 B.II.1.c.cc.(2)“.

<sup>736</sup> Siehe dafür die Herleitung in „Teil 3 B.I.3.c.“.

<sup>737</sup> „Teil 3 B.II.1.a.“ mit den Nachweisen in Fußn. 638.

Die Bereiche der Treupflicht und des unternehmerischen Ermessens laufen nach alledem keineswegs stets kongruent: Aus der Sicht des Gesellschafters kann die Treupflicht begrenzend wirken, obgleich er sich möglicherweise im Rahmen des unternehmerischen Ermessensspielraums bewegt. Denkbar sind etwa Fälle, in denen aufgrund einer besonderen Pflicht zur Rücksichtnahme einem anderen Gesellschafter gegenüber eine treupflichtswidrige Entscheidung vorliegt, die dennoch vom unternehmerischen Ermessen mit Blick auf den Zweck der Gesellschaft getragen sein kann. Hinsichtlich der allgemeinen Befugnisse des Gesellschafters wäre das unternehmerische Ermessen demnach grundsätzlich weiter gefasst als die Treupflicht im Speziellen. Zudem sind unterschiedliche Anforderungen an treupflichtskonformes Verhalten des Einzelnen in Abhängigkeit zu dem jeweils tangierten mitgliedschaftlichen Bereich zu stellen. Dem entsprechend gelten für Sanktionen treuwidrigen Verhaltens unterschiedlich hohe Anforderungen, wiederum in Relation zu den Auswirkungen beim Gesellschafter. Daher stellen sich Stimpflichten als einschneidenden, speziellen Fall dar. Andernorts kann sich das unternehmerische Ermessen auch erweiternd zugunsten zulässigen Stimmverhaltens auswirken, wie es nach dem diesseits verfolgten Ansatz insbesondere im Bereich der Geschäftsführungsmaßnahmen der Fall ist.

Dagegen spricht auf den ersten Blick, dass eine lediglich eingeschränkte gerichtliche Kontrolle im Bereich der Ermessensentscheidungen die notwendige Flexibilität der Treupflicht sicherstellt. Dasselbe Ergebnis wird allerdings auch dadurch erreicht, dass der Maßstab treupflichtsgemäßen Verhaltens – materiell-rechtlich – in jedem konkret zu beurteilenden Einzelfall mit Blick auf den Lebenssachverhalt und die Interessenlage bestimmt wird. Sofern eine Kongruenz zwischen dem im Innenverhältnis vorliegenden Beurteilungsspielraum und dem prozessual privilegierten Bereich besteht, ist es sinnvoll, diesen schon materiell zu berücksichtigen. Richtigerweise sollte dabei schon der *Maßstab pflichtgemäßen Verhaltens* untersucht werden und nicht erst dessen Vorwerfbarkeit im Sinne eines Verschuldens.<sup>738</sup> Denkbar sind Fälle, in denen die Einschätzungsprärogative den Katalog zulässigen Verhaltens beeinflusst. So liegt es auch bei der Treupflicht mit ihrem Charakter als Rücksichtnahmepflicht gegenüber den übrigen Gesellschaftern und der Gesellschaft. Dies entspricht der Wertung, dass bei der Bestimmung einer

---

<sup>738</sup> Eingehend „Teil 3 B.I.3.c.“.



schuldrechtlichen Rücksichtnahmepflicht im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB ihren Ausgangspunkt in der verkehrsüblichen Sorgfalt (§ 276 Abs. 1 S. 2 BGB) hat.<sup>739</sup> Die Berücksichtigung wird auch teleologisch hinsichtlich der Zielsetzung der Treupflicht bestätigt. Ausgehend vom Zweck der Treupflicht, das mitgliedschaftliche Verhalten am Wohl der Gesellschaft und der Mitgesellschafter auszurichten, erscheint es dem Grunde nach widersinnig, eine Entscheidung eines Gesellschafters *inhaltlich* zu verbieten, die innerhalb des unternehmerischen Ermessens und daher zur Erreichung des jeweiligen unternehmerischen Zwecks getroffen wurde. Schließlich haben sich die Gesellschafter gerade mit der Zielsetzung zusammengeschlossen, den unternehmerischen Zweck zu fördern. Verfolgt der Gesellschafter nunmehr diesen Zweck durch eine geeignete Maßnahme, so handelt er im Einklang mit der mitgliedschaftlichen Zielsetzung, die der Gesellschaft zugrunde liegt und daher dem Grunde nach nicht treuwidrig. Der Schutz der Interessen der Gesellschaft sollte nicht zum Selbstzweck verkommen, sondern immer bezogen auf den Unternehmensgegenstand zweckrational erfolgen.<sup>740</sup> Im Rahmen dieser Verfolgung des Zwecks der Gesellschaft, ist im Übrigen grundsätzlich davon auszugehen, dass der Gesellschafter sein unternehmerisches Ermessen einhält. Der Gesellschaftszweck kann das zulässige Verhalten im Bereich der Geschäftsführung umgrenzen.<sup>741</sup> Ebenso legitimiert und beschränkt er das unternehmerische Ermessen gleichermaßen.

Sofern also eine Stimmrechtsausübung die Treupflicht nicht verletzt, umfasst das unternehmerische Ermessen die Entscheidung auch inhaltlich. An die Stelle des Beurteilungsspielraums bei der Stimmrechtsausübung tritt bei eingeräumten Veto-Rechten, das diesbezügliche Ausübungsermessen. Dabei folgt aus dem

---

<sup>739</sup> Als ein Kriterium der Bestimmung der Reichweite von Rücksichtspflichten bei *Neumann*, Leistungsbezogene Verhaltenspflichten, S. 116. Zur vergleichbaren Ausgangslage von mitgliedschaftlichen Treupflicht und schuldrechtlichen Rücksichtnahmepflichten im Sinne des § 241 Abs. 2 BGB siehe *Weller* in: *Liber Amicorum M. Winter*, S. 755, 762 ff. sowie eingehend schon „Teil 3 B.I.3.c.“. Dieses Anknüpfen an das Maß der Rücksichtnahme, welche ihrerseits durch den Verschuldensmaßstab beeinflusst wird, umschifft die viel diskutierte Frage des Verschuldensmaßstabs der Gesellschafter im Bereich der Geschäftsführung, siehe dazu eingehend bei *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 108 ff. m.w.N.

<sup>740</sup> Vgl. auch *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 47, Rn. 30; vormalig noch deutlicher, wonach der Geltungsanspruch der Treupflicht auf eine „Konkretisierung des Abstimmungsermessens am Maßstab des gemeinsamen Zwecks der Gesellschaft und der Interessen der Mitgesellschafter“ reduziert sei, *ders.* 8. Auflage, § 47, Rn. 30.

<sup>741</sup> Vgl. *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 98; *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privaten Personenverbänden, S. 323.

Sonderrecht kein abweichender Maßstab zulässiger Ermessensausübung. Vielmehr kommt dem ausgeübten Ermessen eine gesteigerte Bedeutung zu, die sich auf Wirksamkeit des gesamten Beschlusses erstreckt.

Etwas Abweichendes kann sich freilich in Fällen ergeben, in denen die Gesellschaft keine erwerbswirtschaftlichen Ziele verfolgt. Dort liegt dem Gesellschaftszweck häufig keine unternehmerische Zielsetzung zugrunde. An die Stelle der unternehmerischen Entscheidungen treten dann grundsätzlich Prognoseentscheidungen betreffend die Zweckerreichung. Das für die unternehmerische Entscheidung typische unvorhersehbare wirtschaftliche Ergebnis fehlt. Im Übrigen bleibt auch hier die Kontrolle von zweckmäßigen Entscheidungen aus.

*(bb) Lösungsansatz: Konturierung der Stimmpflicht durch unternehmerisches Ermessen*

Die Treupflicht begrenzt als gesetzliche Stimmrechtsschranke das Abstimmungsermessen.<sup>742</sup> Der Gesellschafter hat also nicht die Freiheit treu- und somit rechtswidrig abzustimmen. Dieser Erkenntnis widerspricht es indes nicht, dass durch die Berücksichtigung unternehmerischen Ermessens wiederum der Maßstab treupflichtskonformen Verhaltens seinerseits modifiziert werden kann. Ein Votum, das nicht als treuwidrig zu bewerten ist, ist nicht rechtswidrig. Nach diesseits befürwortetem Ansatz gilt es, eine bestehende unternehmerische Prerogative stets auch bei der materiell-rechtlichen Beurteilung pflichtwidrigen Verhaltens der Gesellschafter zu beachten. Folglich erscheint es denkbar, dass die Anerkennung des Ermessens auch bei der Konturierung des Tatbestands der Stimmpflicht fruchtbar gemacht werden kann.

Dem Notwendigkeitskriterium der vorherrschenden Praxis könnte durch die Berücksichtigung des unternehmerischen Ermessens Gestalt verliehen werden. Jedenfalls in Konstellationen einer unternehmerischen Entscheidung ließe sich so eine Art äußerer Rahmen des Treupflichttatbestands zeichnen. Der praktische Nutzen wäre groß. Schließlich ist zum einen die gerichtliche Beurteilung dieser Fälle tatbestandlich besonders komplex. Zum anderen muss in derartigen Entscheidungen dem eröffneten Ermessen Rechnung getragen werden. Die unternehmerischen Prognosen dürfen nicht auf die Gerichte verlagert werden.

---

<sup>742</sup> Vgl. neben dem OLG Düsseldorf, AG 1996, 373, 376 den vorstehenden „Teil 3 B.I.1.“.

Die aufgezeigte Doppelfunktion des Beurteilungsspielraums der Gesellschafter erlaubt eine Einstrahlung in den materiell-rechtlich tatbestandlichen Pflichtenkatalogs und den Verschuldensvorwurf.<sup>743</sup> Voraussetzung ist stets das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung. Zwingendes Wesensmerkmal einer derartigen Entscheidung ist gerade die Auswahlmöglichkeit zwischen mehreren Optionen.<sup>744</sup> Fehlt es dagegen an einer solchen Entscheidungsalternative im Gesamtinteresse von Gesellschaft und Mitgesellschaftern, dann liegt kein unternehmerisches Ermessen vor. Es besteht dann nur eine unternehmerisch richtige Option, welche zugleich notwendig ist. Im Ergebnis führt dies zu einer Reduktion des Notwendigkeitskriteriums auf Fälle in denen keine Alternative vorliegt. Ist die Gesellschaft beispielsweise existenzbedroht kann sich die Notwendigkeit schon aus der Alternativlosigkeit der avisierten Maßnahme ergeben.<sup>745</sup> Es bestand kein Ermessen des Entscheidungsträgers dahingehend, die Entscheidung nicht herbeizuführen. Eine Missachtung der Grenzen des Beurteilungsspielraums ist dann zugleich ein Verstoß gegen die Treupflicht, wenn dem Wohl der Gesellschaft oder der Gesellschafter Schaden droht.

Schwieriger zu beurteilen sind dagegen Fälle, in denen mehrere Handlungsoptionen zulässig sind, diese aber möglicherweise unterschiedlich erfolgsversprechend oder unwirtschaftlicher sind. Konsequenterweise muss die Lösung auch hier anhand des Verbots ermessensfehlerhafter Entscheidungen erfolgen. Ergo muss der Gesellschafter eine Wahl auch dann treffen dürfen, wenn diese zwar weniger günstig ist, jedoch ihrerseits unternehmerisch vertretbar erscheint. Der Entscheidungsträger hat situationsbezogen ein unterschiedlich weites unternehmerisches Ermessen, indem dieses einen Vergleich der verschiedenen vorhandenen Handlungsoptionen zulässt. Die Frage der Gleichwertigkeit der Optionen ist dabei Teil des unternehmerischen Ermessens als solchem. Es wird noch hervorzuheben sein, dass es keinesfalls auf den Erfolg der Maßnahme ankommen darf. Nach alledem erweitert ein bestehender Beurteilungsspielraum den Tatbestand treupflichtskonformen Verhaltens auf unternehmerisch vertretbare Entscheidungen. Die Situation ist insoweit vergleichbar mit Geschäftsführungsmaßnahmen, bei denen das unternehmerische Ermessen das rechtlich zulässige Verhalten

---

<sup>743</sup> Siehe die Herleitung soeben „Teil 3 B.II.1.c.cc.(5)(c)(aa)“.

<sup>744</sup> „Teil 3 B.I.3.a.“.

<sup>745</sup> Danach könnte die unstrittige Existenzbedrohung einer Gesellschaft die Treubindung indizieren, vgl. BGHZ 98, 276, 278 ff. und BGH, WM 1987, 841.

dadurch erweitert, dass der Verschuldensvorwurf nicht greift. Wesentliche Konsequenz der Berücksichtigung des unternehmerischen Ermessens wäre die Verschiebung des maßgeblichen Zeitpunkts für die Beurteilung der Treuwidrigkeit: Die Bestimmung der Ermessensfehlerhaftigkeit erfolgt stets im Wege einer *ex ante* Betrachtung im Zeitpunkt der Entscheidung. Auf den letztendlich eingetretenen Erfolg der Option, also deren Richtigkeit im Nachhinein, darf es nicht ankommen. Sofern das *unternehmerische Geschick* nicht der Bewertung durch die Gerichte unterstellt ist,<sup>746</sup> ist auch ein – im Voraus nicht erkennbares – „ungeschicktes“ Verhalten nicht sanktionsfähig. Treuwidrig handelt nur, wer sein Ermessen überschreitet.

Für die Verteilung der Beweislast erscheint folgende Aufteilung sachgerecht: Die Einhaltung des unternehmerischen Ermessens hat der Gesellschafter als Entscheidungsträger nachzuweisen. Die insoweit vergleichbare Interessenlage erlaubt hier eine Heranziehung der teilweisen Beweislastumkehr, wie sie im Rahmen des § 43 Abs. 1 GmbHG vorgenommen wird.<sup>747</sup> Danach obliegt der Gegenpartei die Darlegungs- und Beweislast sowohl hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit der Entscheidung des Gesellschafters, als auch der (kausalen) Gefährdung.<sup>748</sup>

Die Definition der Stimpfpflicht wegen treuwidrigen Verhaltens lautete dann eingeschränkt: Eine Entscheidung, die objektiv notwendig und dem Gesellschafter subjektiv zumutbar ist, *unter Berücksichtigung dessen unternehmerischen Ermessens*. Sofern eine Maßnahme nicht – unstreitig – alleinig zur Abwehr einer drohenden Gefahr für die Gesellschaft oder die Gesellschafter geeignet und daher „notwendig“ ist, darf die Notwendigkeit nicht ohne die Berücksichtigung der Beurteilung des Gesellschafters bestimmt werden.

#### *(d) Kein allgemeiner Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*

Im Übrigen ergibt sich für allgemeine Verhältnismäßigkeitserwägungen zur (restriktiven) Anwendung von Stimpfpflichten kein Raum. So ist eine Abwägung

---

<sup>746</sup> Vgl. BGHZ 94, 324, 326 sowie die Ausführungen zuvor „Teil 3 B.I.3.a.“.

<sup>747</sup> Dort wird diese weit überwiegend im Wege einer Heranziehung der Regelungen der §§ 93 Abs. 2 S. 2 AktG, 34 Abs. 2 S. 2 begründet, vgl. BGHZ 152, 280, 283 ff.; zu den Auffassungen im Einzelnen siehe bei Scholz/*Uwe H. Schneider*, GmbHG, § 43, Rn. 234 m.w.N.

<sup>748</sup> Vgl. BGHZ 152, 280, 284 f., der im Bereich der Geschäftsführerhaftung die kontroverse Reichweite der Beweislastumkehr klarstellend entschied, wonach der Gesellschaft der Beweis obliegt, dass der Geschäftsführer pflichtwidrig gehandelt habe und dies kausal zu einem Schaden geführt habe.

der Interessen von Gesellschaft und Mitgesellschaftern gegenüber denen des votierenden Gesellschafters durch die vorherrschenden Kriterien der Notwendigkeit und subjektiven Zumutbarkeit hinreichend erfasst. Denn den einzelnen Punkten wird ihrerseits durch den Einzelfall Kontur verliehen. Sofern diese tatbestandlich vorliegen ist eine nachträgliche Korrektur anhand einer Verhältnismäßigkeit entbehrlich. Der gegenüber der allgemeineren Treupflicht gesteigerte Eingriff in die Mitgliedschaftsrechte des Gesellschafters, ist schon in den entsprechend erhöhten Anforderungen an die Annahme einer Stimmpflicht erfasst. Spiegelbildlich bedarf es auch keiner gesonderten Bewertung der Intensität des Eingriffs durch die Stimmrechtsausübung des Gesellschafters. Schließlich bestimmt sich die Reichweite des dem Gesellschafter zustehenden Ermessens zur Stimmrechtsausübung – situationsbezogen – in Ansehung der konkreten Handlungsoptionen.

Das Kriterium der „subjektiven Zumutbarkeit“ ist nur ausnahmsweise nicht anzunehmen. Der Gesellschafter hat darüber hinaus kein Recht auf Abwägung der Schäden zwischen (drohenden) Auswirkungen für ihn gegenüber solchen der Gesellschaft und Mitgesellschafter. Vielmehr muss er diese schadlos halten. Es stellt daher den Ausnahmefall dar, dieser Verpflichtung aus der mitgliedschaftlichen Treupflicht aufgrund der subjektiven Unzumutbarkeit nicht nachkommen zu müssen.

#### *dd. Zwischenergebnis Konturierungserfordernis/Konturierung*

Die Anerkennung der Treupflicht als Stimmrechtsausübungsgrenze ist unerlässlich. Problematisch ist vielmehr und ausschließlich die Konturierung der Treupflicht, die im Wege eines Legitimationsfreibriefs einen Vertrauensvorschuss bekommen hat. Im einschneidenden mitgliedschaftlichen Bereich des Stimmrechts ist es wünschenswert, dass Stimmpflichten unter dem Gesichtspunkt der Treupflicht nur in engen, tatbestandlich umrissenen Grenzen Anwendung finden, die einen Ausgleich zwischen Flexibilität im Einzelfall und Rechtssicherheit schaffen. Je offener ein Tatbestand gefasst ist, desto höher sind die Anforderungen an die tatbestandsausfüllende Abwägung im Einzelfall. Die Bedeutung der Konturierung wird mit Blick auf die darzustellenden Rechtsfolgen und die mit der Einführung des Nichtigkeitsdogmas geschaffene Möglichkeit der beschleunigten Beschlussfassung und -durchführung besonders akut.<sup>749</sup>

---

<sup>749</sup> Siehe dazu eingehend sogleich „Teil 3. B.II.2.a.“.

In einigen Konstellationen ergibt sich die Stimmbindung aus der externen Verpflichtung zur Herbeiführung einer Maßnahme. Daneben trägt das Gesetz vereinzelt eine präzisierende Wertung in sich. Darüber hinaus lässt sich – jedenfalls in Fällen einer unternehmerisch tätigen GmbH – eine Lösung durch die Berücksichtigung des unternehmerischen Ermessens der Gesellschafter im Rahmen der Prüfung der Treupflichtverletzung finden: Dies ermöglicht die Zeichnung einer den Anwendungsbereich begrenzenden tatbestandlichen Struktur sowie eine messbare Verteilung der prozessualen Darlegungs- und Beweisfragen. Nach alledem wäre der Beurteilungsspielraum geschützt und spiegelbildlich der gerichtliche Spielraum definiert.

## 2. Prozessuale Konsequenzen

Nachstehend sollen die prozessualen Konsequenzen einer treuwidrigen Stimmrechtsausübung dargestellt werden.<sup>750</sup> Dabei hat die Frage der Rechtsfolge treuwidriger Stimmrechtsausübung maßgebliche Auswirkungen für die unterschiedlichen denkbaren Fall- und Verfahrensgestaltungen. Anschließend sollen die vollstreckungsrechtliche Behandlung und der einstweilige Rechtsschutz untersucht werden.

### a. Rechtsfolge bei treuwidriger Stimmrechtsausübung

#### aa. Das vorherrschende Nichtigkeitsdogma

Es entspricht der allgemeinen Auffassung und ist Gegenstand einer langen Rechtsprechungshistorie, dass eine treuwidrige Stimmrechtsausübung die Anfechtbarkeit des *Beschlusses* zur Folge haben kann.<sup>751</sup> Inwieweit sich die Treuwidrigkeit der jeweiligen Stimme auf die Beurteilung der *Einzelstimme* auswirkt, war dagegen erst 1983 Gegenstand einer BGH-Entscheidung.<sup>752</sup> Anknüpfungspunkt für die Vermeidung treuwidriger Willensbildung könne auch die Einzelstimme darstellen, die ihrerseits dem Beschluss zugrunde liegt. Im zu entscheidenden Fall differenzierte das Gericht bei der Beurteilung der Treuwidrigkeit zwischen den einzelnen Beschlussgegenständen. Dabei wirft der BGH sodann

---

<sup>750</sup> Auf vertragliche Schadensersatzpflichten soll nicht weiter eingegangen werden. Siehe dazu bei BGHZ 65, 15 („ITT“); vgl. BGHZ 129, 136, 137 („Girmes“); Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 47, Rn. 33 m.w.N.; MüKo/GmbHG/Drescher, § 47, Rn. 261 m.w.N.

<sup>751</sup> Schon RGZ 131, 141 ff.; BGHZ 76, 352; 80, 69; 88, 320; 103, 184; erneut BGH, DB 2005, 1267, 1268.

<sup>752</sup> BGHZ 88, 320; vgl. dazu auch *Korehnke*, Treuwidrige Stimmen im Personengesellschafts- und GmbH-Recht, S. 78.

die Frage auf, wie eine nunmehr als treuwidrig zu qualifizierende Stimme zu behandeln sei.<sup>753</sup> Entsprechend der Behandlung von treuwidrigen Beschlüssen führe die Treuwidrigkeit der Stimme lediglich zur Anfechtbarkeit. Aufgrund der Besonderheit des Falles, dass der Dissident als Nebenintervenient am Verfahren beteiligt war, ließ der BGH die abschließende Klärung der Zulässigkeit einer Verbindung von Anfechtung des (tatsächlich) gefassten Beschlusses und Feststellung des zu fassenden Beschlusses offen.<sup>754</sup>

In der Folge ging der BGH einen konsequenten Schritt weiter und forderte die Nichtigkeit einer treuwidrigen Stimme eines GmbH-Gesellschafters.<sup>755</sup> Das Gericht urteilte mit einem bemerkenswerten Selbstverständnis, dass jene Stimmen schlichtweg nicht in das Beschlussergebnis einfließen sollten. Dadurch wird die Stimmrechtsausübung und damit das Votum ausgehebelt. Sofern eine Stimme dennoch mitgezählt wurde, sei gegen den (festgestellten) Beschluss im Wege der Anfechtungsklage vorzugehen. Nach dieser Lösung überrascht es nicht, dass das Gericht keine weiteren Ausführungen zum Verhältnis von nichtiger Einzelstimme und anfechtbarem Beschluss macht.<sup>756</sup> Verweigert man der Stimme schlichtweg ihre Außenwirkung, dann kann sie sich auch nicht weiter auf den Beschluss auswirken. Ist die treuwidrige Stimme schon erfasst, so gilt es den Feststellungsbeschluss im Wege der Anfechtung zu beseitigen. Im zu entscheidenden Fall musste sich der BGH allerdings nicht abschließend mit der Frage befassen, wann ein Beschluss (hier: Ablehnung der Abberufung des Geschäftsführers) derart nachteilig ist, dass er die Treupflicht verletzt, sondern verwies die Sache zur Nachholung der Prüfung an das Berufungsgericht zurück. Mit dieser Auffassung folgte der BGH einer steigenden Anzahl an Stimmen im Schrifttum<sup>757</sup> und legte den Grundstein

---

<sup>753</sup> BGHZ 88, 320, 328 ff.

<sup>754</sup> Zur Zulässigkeit im Allgemeinen siehe sogleich „Teil 3 B.II.2.c.(2)(b)“.

<sup>755</sup> BGH, NJW 1991, 846, 846 f.

<sup>756</sup> Diesen Punkt dennoch gesondert hervorhebend *Korehnke*, Treuwidrige Stimmen im Personengesellschafts- und GmbH-Recht, S. 79.

<sup>757</sup> *Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, S. 366; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 36 f.; *Lutter*, ZHR 1989, 446, 458; zum Verein i.E. auch schon *Grunewald*, ZIP 1989, 962, 967; *Zöllner* in: FS 100 Jahre GmbHG, S. 821, 825.

für eine Reihe landes- und oberlandesgerichtlicher Entscheidungen.<sup>758</sup> Das Nichtigkeitsdogma entspricht nunmehr der vorherrschenden Auffassung.<sup>759</sup>

*bb. Auswirkungen und Würdigung*

Die Nichtigkeit einer treuwidrigen Einzelstimme wird in sämtlichen Konstellationen einer Beschlussfassung relevant:

- (i) Wird die Beschlussfassung ohne eine formale Beschlussfeststellung durchgeführt, führt das Nichtigkeitsdogma zur Unbeachtlichkeit der Einzelstimme. Der Beschluss kommt ohne das Votum des Dissidenten zustande.
- (ii) Sämtliche Gesellschafter dürfen gleichermaßen von der Unbeachtlichkeit des obstruierenden Votums ausgehen, sofern die Stimme (trotz durchzuführender Beschlussfeststellung) durch den Versammlungsleiter *noch* nicht mitgezählt wurde.

---

<sup>758</sup> OLG Hamburg, ZIP 1991, 1430; OLG Hamburg, GmbHR 1992, 43; LG Düsseldorf DB 1994, 1028; zu den beiden vorstehenden Fällen siehe die Kurzdarstellungen bei *Korehnke*, Treuwidrige Stimmen im Personengesellschafts- und GmbH-Recht, S. 80; OLG Düsseldorf ZIP 1996, 1083; OLG Stuttgart, NZG 1998, 603; vgl. auch OLG Stuttgart, BB 1999, 2316; wenn auch im Ergebnis abgelehnt OLG Düsseldorf GmbHR 2000, 1050; OLG Düsseldorf, NZG 2001, 991.

<sup>759</sup> Neben den vorstehend Genannten auch BGH, ZIP 1993, 1228, 1228 f.; *Seidel*, Die mangelnde Bedeutung mitgliedschaftlicher Treupflichten im Willensbildungsprozess der GmbH, S. 26 ff., 198; *K. Schmidt*, GmbHR 1992, 9, 11; *Altmeppen*, DB 1998, 49, 54; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 47, Rn. 74a; vgl. *Marsch-Barner*, ZHR 1993, 172, 188 (zur AG); *MüKo/GmbHG/Drescher*, § 47, Rn. 260; *Ulmer/Hüffer/Schürnbrand*, GmbHG, § 47, Rn. 205; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 47, Rn. 32; *Gehrlein/Ekkenga/Simon/Teichmann*, GmbHG, § 47, Rn. 22; *Henssler/Strohn/Hillmann*, Gesellschaftsrecht, § 47 GmbHG, Rn. 85; dagegen finden sich eine immer größer werdende Anzahl von Stimmen, die lediglich die Anfechtbarkeit vertreten: *Koppensteiner*, ZIP 1994, 1325, 1325; *Oelrichs*, GmbHR 1995, 863, 863 ff., 868; *Schwab*, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 331 ff.; *K. Schmidt/Lutter/ders.* AktG, § 243, Rn. 6; *Korehnke*, Treuwidrige Stimmen im Personengesellschafts- und GmbH-Recht, S. 166; *Büchele*, Eingriff in Gesellschafterrechte im Insolvenzplan, S. 84; vorsichtig auch *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber*, GmbHG, § 47, Rn. 125; differenzierend nach Entscheidungen mit Außenwirkung und hoher Treubindung des Gesellschafters, *Sester*, BB 1997, 1, 5 f.; vermittelnd *Wiedemann* in: FS Heinsius, S. 949, 957, der lediglich die Korrektur von solchen Treupflichtverstößen zulässt, die derart offenkundig sind, dass die abgegebene Willenserklärung den Mangel „auf der Stirn trägt“, <sup>759</sup> was eine Parallele zu den allgemeinen Grundsätzen der Nichtigkeit von Verwaltungsakten im Verwaltungsrecht darstellt.



- (iii) Der festgestellte Beschluss ist wirksam, was freilich gleichermaßen bei Berücksichtigung sowie dem Außerachtlassen der treuwidrigen Stimme durch den Versammlungsleiter gilt.<sup>760</sup>

Letztlich wird die Einzelstimme daher auch dann ihrer Bedeutung beraubt, sofern sie nach der Beurteilung des Versammlungsleiters bei der Beschlussfeststellung nicht berücksichtigt wurde<sup>761</sup>. Dabei handelt er grundsätzlich im Interesse der übrigen Gesellschafter, deren Voten von der dissentierenden Einzelstimme abweichen. Im Gegensatz dazu wäre eine lediglich anfechtbare Stimme durch den Versammlungsleiter mitzuzählen und bei der Ermittlung der Mehrheit der *abgegebenen* Stimmen (vgl. § 47 Abs. 1 GmbHG) zu berücksichtigen, was sich auf die erforderliche Mehrheit für die antragsgemäße Beschlussfassung auswirken kann.<sup>762</sup> Umgekehrt wirkt sich die Nichtberücksichtigung der Stimme im Beschlusstenor aus, sie ist daher relevant<sup>763</sup> im Sinne der §§ 243 ff. (analog) AktG.

Grundsätzlich unerheblich sind dagegen die Verweigerung der Teilnahme oder eine Enthaltung, da diese bei der Berechnung der Mehrheit nach § 47 Abs. 1 GmbHG keine Berücksichtigung finden.<sup>764</sup>

- (iv) Entsprechend den Fallgestaltungen (i), (ii) und (iii) wirkt sich die Annahme der Nichtigkeit auch bei der treuwidrigen Sonderrechtsausübung aus: Ein treuwidrig eingelegtes Veto- oder verweigertes Zustimmungsrecht kann gleichermaßen übergangen werden. Entsprechendes muss in denjenigen

---

<sup>760</sup> Vgl. BGHZ 88, 320, 320 ff.; NJW-RR 1990, 530, 531; ZIP 1993, 1228, 1228 f.; OLG Hamburg, GmbHR 1992, 43, 43 ff.; OLG Stuttgart, NZG 490, 492; K. Schmidt, GmbHR 1992, 9, 14; MüKo/GmbHG/Drescher, § 47, Rn. 262.

<sup>761</sup> Zur Beurteilungskompetenz etwa Baumbach/ Baumbach/Hueck/Zöllner GmbHG, Anh. § 47, Rn. 121; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 47, Rn. 32, sowie vorstehende Nachweise in Fußn. 760.

<sup>762</sup> Nimmt man einen Fall an, in dem zwei Gesellschafter über einen positiven Beschlussgegenstand abstimmen, davon einer rechtmäßig dafür und einer treurechtswidrig dagegen, käme der Beschluss nicht zustande, da die anfechtbare aber *wirksame* Stimme bei der Zählung der abgegebenen Stimmen zu berücksichtigen ist und keine Mehrheit zustande kommt.

<sup>763</sup> Im Ergebnis allg. Auffassung, siehe vormals zur „Kausalität“ etwa RGZ 110, 194, 198; RG, JW 1931, 2961, 2961 f.; BGHZ 14, 264, 267; 36, 121, 139; zur nun herrschenden „Relevanztheorie“: BGHZ 149, 158, 163; BGH, NJW 2005, 828, 828 ff.; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 125 ff.; Michalski/Römermann, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 267; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 45, Rn. 100; Ulmer/Raiser, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 117 ff.;

<sup>764</sup> So auch bei der Enthaltung, vgl. OLG Celle, GmbHR 1998, 140, 143; BGH, ZIP 1897, 635, 636 (zum Verein). Siehe aber zu den Auswirkungen auf Beschlussquoten nachstehend „Teil 3. B.II.12.b.bb.“.

Fällen gelten, in denen ein bestimmter Beschluss die Entscheidung aller Gesellschafter erfordert.

- (v) Letztlich dient das Nichtigkeitsdogma als wertungsmäßige Grundlage für die Beurteilung von Fällen einer treuwidrigen Torpedierung eines satzungsmäßigen Beschlussfähigkeitsquorums. Zwar kommt dem gezielten, boykottierenden Fernbleiben nicht der rechtsgeschäftliche Erklärungsgehalt einer Willenserklärung in Form eines ablehnenden Beschlusses zu. Gleichwohl ist die hier vertretene Berechtigung der übrigen Gesellschafter, das Quorum außer Acht zu lassen, in der Nichtigkeitsdogmatik blockierender Gesellschaftsbeschlüsse begründet.<sup>765</sup>

Als wesentlicher Unterschied zur früheren Praxis verkehrt das Nichtigkeitsdogma Aktion und Reaktion im Prozess und damit die Darlegungs- und Beweislast einschließlich des damit verbundenen Prozessrisikos<sup>766</sup>. Der Dissident muss die Wahrung seiner Interessen nunmehr selbst verfolgen.<sup>767</sup> Vorangestellt sei die Erkenntnis, dass die Verteilung von Aktion und Reaktion nur im Zeitpunkt der Umkehrung unmittelbare Auswirkungen auf die Interessen der Beteiligten hat. In der Folgezeit ist die veränderte Situation die erkennbare Ausgangslage. Daher kann eine Berücksichtigung der schwächeren Position des einzelnen Gesellschafters sowohl im Verhalten des Einzelnen, bei der Gestaltung im Innenverhältnis der Gesellschaft aber auch bei dem Stellenwert der gerichtlichen Klärung der tatbestandlichen Konturierung der Treupflicht erfolgen. Anstelle dieser vielzitierten Umkehrung sollte also der Fokus auf die eigentliche Interessenlage gerichtet werden.

Als Folge ist nun der Dissident verpflichtet zu handeln, um seinem *unwirksamen* Votum letztlich doch Geltung zu verleihen. Dies stellt gegenüber dem früheren Handlungsbedarf der Mitgesellschafter, eine *anfechtbare* Stimme zu Fall zu bringen, keinesfalls die Kehrseite derselben Medaille dar. Evident bestehen die Schwierigkeiten, die Treuwidrigkeit einer Maßnahme darzulegen und zu beweisen, gleichermaßen für alle Beteiligten. Diese sind jedoch bloßer Reflex der all-

---

<sup>765</sup> Siehe dafür die Herleitung vorstehend „Teil 3 B.II.1.b.“, sowie „Teil 3 B.II.2.b.bb.“.

<sup>766</sup> Vgl. auch *Koppensteiner*, ZIP 1994, 1325, 1325; *Bücheler*, Eingriff in Gesellschafterrechte im Insolvenzplan, S. 82, 84.

<sup>767</sup> Zu einer späteren Überprüfung (von Amts wegen) kommt es auch dann nicht, wenn eine eintragungspflichtige Tatsache einzutragen ist, vgl. OLG Frankfurt GmbHR 2009, 378, 378; *Scholz/Emmerich*, GmbHG, § 13, Rn. 47; siehe für die Verteilung der Rollen des Dissidenten und der Gesellschaft im Einzelnen differenziert nachstehend „Teil 3 B.II.2.c.(1)“.

gemeinen zivilprozessualen Darlegungs- und Beweislast. Daher ist die Anfechtungslast der Gesellschaft lediglich eine jedermann treffende prozessuale Pflicht und keine rechtliche Beeinträchtigung. Die faktisch-ökonomischen Interessen der Gesellschaft an einer schnellen Umsetzung des Beschlusses sind bei Lichte betrachtet nur mittelbare Folgen. Diese können freilich weitreichende (wirtschaftliche) Konsequenzen nach sich ziehen, wobei die Annahme einer Stimmpflicht aus der Treupflicht des Gesellschafters regelmäßig auch die Tragweite und Dringlichkeit der Entscheidung indiziert.

Dagegen drohen dem Dissident durch die Nichtigkeit darüber hinaus unmittelbar materiell-rechtlich Eingriffe in die mitgliedschaftliche Willensbildung und -betätigung. Schon im Vorfeld eines gerichtlichen Verfahrens wird der Dissident in seinem mitgliedschaftlichen Recht auf freie Stimmrechtsausübung nach § 47 Abs. 1 GmbHG beschnitten. Dieser Grundsatz, frei abzustimmen, trägt zunächst auch die Verteilung von Regel und Ausnahme in sich, wonach das Votum solange wirksam ist, bis nicht im Einzelfall von der Unzulässigkeit auszugehen ist. Die Grenze der Unzulässigkeit verläuft dort, wo eine rechtswidrige Stimmrechtsausübung vorliegt, deren Beurteilung im Bereich der Treuwidrigkeit oftmals schwierig ist. Problematisch ist, dass auch die Darstellungen des Dissidenten zur subjektiven Zumutbarkeit zur Beurteilung einer Stimmpflicht beachtlich sind.<sup>768</sup> Der Versammlungsleiter kann jedoch ein nach seiner Auffassung treuwidriges Votum bei der Abstimmung von vornherein ausklammern. Dadurch setzt er materiell-rechtlich das Recht der übrigen Gesellschafter durch. Der Beschluss kommt antragsgemäß zustande, ohne dass es einer rechtsgestaltenden Anfechtung bedarf. Würde nunmehr der Beschluss unter Ablehnung der dissentierenden Stimme gefasst oder ausgeführt, steht der Dissident vor vollendeten Tatsachen<sup>769</sup>. Um dies zu verhindern, ist er nunmehr darlegungs- und beweispflichtig.<sup>770</sup> Die Einschätzung des Versammlungsleiters führt dadurch letztlich zu einer Umkehrung des Votums, sofern nicht dem Dissident der Beweis gelingt, rechtmäßig gehandelt zu haben. Auch in Fällen, in denen die treuwidrige Einzelstimme zunächst mitgezählt wurde, ist die Position des dissentierenden Gesellschafters geschwächt. Die übrigen Gesellschafter könnten unter den jeweiligen

---

<sup>768</sup> „Teil 3 B.II.1.a., c.aa.“.

<sup>769</sup> Vgl. auch *Sester*, BB 1997, 1, 5.

<sup>770</sup> Zu den Möglichkeiten des Dissidenten klageweise vorzugehen nachstehend unter „Teil 3 B.II.2.b.aa.“ sowie einstweiligen Rechtsschutz zu ersuchen „Teil 3 B.II.2.b.aa.“.

Voraussetzungen die Zwangsvollstreckung nach § 894 ZPO zur Ersetzung des Votums betreiben oder möglicherweise einstweiligen Rechtsschutz ersuchen.<sup>771</sup> Obgleich sich nach dem Nichtigkeitsdogma weitreichende Auswirkungen auf die Interessenlage der (Minderheits-)Gesellschafter ergeben, vermögen die vereinzelt vorgebrachten Argumente einen abweichenden Ansatz dogmatisch nicht zu tragen. Zum einen ergebe sich im Zusammenspiel mit den Grundsätzen des Beschlussmängelrechts der systematische Wertungswiderspruch, dass die Treuwidrigkeit eines Beschlusses lediglich ein Anfechtungs- und kein Nichtigkeitsgrund ist.<sup>772</sup> Es fehle also an einer Unterscheidung zwischen nichtigen und gegen die Treupflicht verstoßenden Stimmen. Zum anderen habe der Versammlungsleiter nicht die Befugnis zur Bewertung der Treuwidrigkeit und dadurch Unwirksamkeit der Stimmen.<sup>773</sup> Dies wiederum ist nicht zwingend, da eine derartige Kompetenz auf eine ausdrückliche oder konkludente Ermächtigung durch die Gesellschafter gestützt werden kann.<sup>774</sup> Im Übrigen führt das Nichtigkeitsdogma dadurch jedenfalls nicht zu mangelnder Rechtssicherheit<sup>775</sup>. Das liegt daran, dass die Feststellung des Beschlussergebnisses durch den Versammlungsleiter diese – jedenfalls formell – gerade herstellt.<sup>776</sup> Bedenken gegen die *materielle* Richtigkeit<sup>777</sup> sind indes keine Frage der Rechtssicherheit. Zur Vermeidung des Auseinanderfallens von formeller und materieller Rechtssicherheit kann es jedoch ratsam sein, die Beschlussfestsetzung auszusetzen und die gerichtliche Feststellung der Nichtigkeit der Stimme beantragen zu lassen. Zutreffend ist auch der Hinweis auf die praktische Schwierigkeit, dass die Annahme der bloßen Anfechtbarkeit der

---

<sup>771</sup> Siehe zur derartigen Möglichkeit der Ersetzung nach § 894 ZPO und der positiven Beschlussfeststellungsklage unter „Teil 3 B.II.2.c.“ sowie zum einstweiligen Rechtsschutz der Gesellschafter unter „Teil 3 B.II.2.d.“.

<sup>772</sup> *Schwab*, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, S. 330 ff.; erwägend auch *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 47, Rn. 32.

<sup>773</sup> *Koppensteiner*, ZIP 1994, 1325, 1325; *Korehnke*, Treuwidrige Stimmen im Personengesellschafts- und GmbH-Recht, S. 154 f.; *Bücheler*, Eingriff in Gesellschafterrechte im Insolvenzplan, S. 84.

<sup>774</sup> *Zöllner/Noack*, ZGR 1989, 525, 528; ihm folgend *K. Schmidt*, GmbHR 1992, 9, 13.

<sup>775</sup> So aber *Koppensteiner*, ZIP 1994, 1325, 1329; *ders.* GES 2012, 488, 488 ff.

<sup>776</sup> *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 47 Rn. 32.

<sup>777</sup> *Bücheler*, Eingriff in Gesellschafterrechte im Insolvenzplan, S. 84.

Stimme keine Berichtigung des „rein rechnerischen äußeren Beschlussergebnisses“<sup>778</sup> im Sinne einer positiven Beschlusskorrektur erlaubt, sobald es zu einer verbindlichen Beschlussfeststellung gekommen ist.<sup>779</sup>

Im Übrigen sind Bedenken betreffend das rechtliche Gehör zu vernachlässigen, da eine Beteiligung des Dissidenten als Nebenintervenient möglich ist und auch vorgesehen wird.<sup>780</sup> Dadurch wird insbesondere in Fällen einer positiven Beschlussfeststellungsklage der Besonderheit Rechnung getragen, dass sich die rechtsgestaltende Wirkung der Anfechtungsklage durch die Feststellung des abweichenden Beschlussinhalts letztlich erga omnes auswirkt<sup>781</sup>. Die unterschiedliche Behandlung der Einzelstimme und des Beschlusses ist auch nicht widersprüchlich,<sup>782</sup> denn die Annahme der Nichtigkeit der Einzelstimme verbietet es nicht, den zustande gekommenen Beschluss weiterhin dem Regime des Beschlussmängelrechts der §§ 243 AktG ff. (analog) zu unterstellen, wonach ein treuwidriger Beschluss lediglich anfechtbar ist. Denn erst dann gilt es, die geschaffene Rechtssicherheit durch die Anfechtung gemäß dem Beschlussmängelrecht gestaltend zu beseitigen, welches im Übrigen keine Vorgabe bereithält, wie sanktionswürdiges Verhalten zu korrigieren ist. Schlussendlich überzeugt die vorherrschende Auffassung schon nach den allgemeinen Grundsätzen der Stimmrechtsfreiheit, da eine treuwidrig abgegebene Stimme eine unzulässige Stimmrechtsausübung darstellt und unter den dargestellten Voraussetzungen auch die Annahme einer Stimpflicht rechtfertigt.<sup>783</sup> Der Gesellschafter hat daher außerhalb dieses Bereichs gar kein mitgliedschaftlich geschütztes Interesse.

---

<sup>778</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, § 47, Rn. 108.

<sup>779</sup> Anders Büchele, Eingriff in Gesellschafterrechte im Insolvenzplan, S. 84, der annimmt, dass auch bei vertretener Anfechtbarkeit letztlich die Möglichkeit der Wandlung des Abstimmungsergebnisses bestünde, indem die Stimme kassiert wird.

<sup>780</sup> Vgl. BVerfGE 60, 7, 7 ff.; BGHZ 97, 28, 31 f., wobei notfalls sicherzustellen sei, dass die Zustellung von Amts wegen erfolge; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 191; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 47 Rn. 32.

<sup>781</sup> Vgl. BGHZ 76, 191, 199; BGH, NJW 1980, 1465, 1467; AG 2001, 587, 588; K. Schmidt, NJW 1986, 2018, 2020; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, Anh. zu § 47, Rn. 43; Michalski/Römermann, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 580.

<sup>782</sup> Als Widerspruch zum System des Beschlussmängelrechts, Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner/Gruber, GmbHG, § 47, Rn. 125; zurückhaltend auch Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 47 Rn. 32.

<sup>783</sup> Dagegen schließt Korehnke, Treuwidrige Stimmen im Personengesellschafts- und GmbH-Recht, S. 143 ff., aus dem im GmbH-Recht anders als im Personengesellschaftsrecht anerkannten Anfechtungserfordernis bei Gesellschafterbeschlüssen, dass die dort allgemeine Auffassung der Nichtigkeit treuwidriger Stimmen bei der GmbH keine Geltung entfalten könnten.

Vertreter der Anfechtbarkeit erzwingen eine Lösung, indem sie einseitig den Interessenausgleich des Gesellschafters in den Fokus rücken und dabei die dogmatischen und praktischen Schwächen vernachlässigen. Sachgerechter ist daher die umgekehrte Herangehensweise, das dogmatisch überzeugendere Nichtigkeitsdogma anzuerkennen und in einem zweiten Schritt hinsichtlich der praktischen Schwächen und insbesondere mit Blick auf deren Auswirkungen auf das Interessengeflecht abzufedern.

Betrachtet man die Auswirkungen des Nichtigkeitsdogmas, fragt es sich zum einen, ob sie zu einer Überschreitung der dem Versammlungsleiter zustehenden Prüfungskompetenz führen und dies eine Benachteiligung des Dissidenten bedeutet. Das GmbH-Recht liefert keine nähere Umschreibung der zugewiesenen Kompetenzen. Kommt es daher zu einer ausdrücklichen statutarischen Kompetenzregelung, die den Versammlungsleiter zur Überprüfung ermächtigt,<sup>784</sup> werden bestehende Unklarheiten beseitigt. Bei genauerer Betrachtung handelt es sich jedoch auch in den übrigen Fällen um ein Scheingefecht. Kritik an der Kompetenz einer materiellen Entscheidungsbefugnis des Versammlungsleiters mit Blick auf die reine Beschlussfeststellung fällt nicht ins Gewicht. Denn es bleibt bei der endgültigen Beurteilung der Rechtmäßigkeit durch das Gericht. Der Versammlungsleiter kommt vielmehr nur seiner Aufgabe nach, den Beschluss im Einklang mit der – nach seiner Auffassung – geltenden Rechtslage festzustellen.<sup>785</sup> Urteilt das Gericht sodann, dass die Nichtzählung der Stimme unrechtmäßig war, wird der festgestellte Beschluss anfechtbar. In den übrigen Verfahrenskonstellationen wird die gerichtliche Beurteilung im Rahmen der Frage eines bestehenden Leistungsanspruchs erfolgen. Gleichermäßen denkbar ist auch die Feststellung des Beschlusses, wenn eine formale Beschlussfeststellung fehlte beziehungsweise diese im Wege der sogenannten positiven Beschlussfeststellungsklage zusammen mit der Anfechtung eines formal festgestellten Beschlusses begehrt wird<sup>786</sup>. Problematischer sind dagegen Fälle des einstweiligen Rechtsschutzes zu beurteilen, in denen es zu einer Verkürzung dieser gerichtlichen Prüfung kommt.<sup>787</sup>

---

<sup>784</sup> K. Schmidt, GmbHR 1992, 9, 13.

<sup>785</sup> Vgl. Hopt/Wiedemann/Henze/Notz, Großkommentar AktG, Anh. § 53a, Rn. 130.

<sup>786</sup> Siehe für die denkbaren Verfahrenskonstellationen im Einzelnen „Teil 3 B.II.2.c“ und zur Beschlussfeststellungsklage unter „Teil 3 B.II.2.b.“.

<sup>787</sup> Siehe dafür die Ausführungen sogleich eingehend „Teil 3 B.II.2.d.“.

Zu einer über die umgekehrten Prozessrollen hinausgehenden Interessengefährdung kommt es daher grundsätzlich nicht. Gleichwohl sollte, ungeachtet der Fallkonstellation und Form der Anspruchsdurchsetzung, stets der besonderen Komplexität der Fälle Rechnung getragen werden. Weiterhin darf die Beschleunigung der Beschlussfassung nicht zu einer vollständigen Vorwegnahme der Verteidigungsmöglichkeit gleich einer Versagung effektiven Rechtsschutzversagung des Dissidenten (Art. 19 Abs. 4 GG) führen. Ein derartiges Ergebnis würde nicht zuletzt ein anderes Licht auf die Frage der Reichweite der Prüfungskompetenzen des Versammlungsleiters werfen: Ist nicht gewährleistet, dass der Dissident zumindest die Möglichkeit hat eine Überprüfung der materiellen Rechtslage durch die Gerichte herbeizuführen, könnte eine abweichende Beurteilung erforderlich sein.

#### *cc. Zwischenergebnis und Folgen für die weitere Prüfung*

Eine treuwidrige Einzelstimme ist nichtig. Diese vorherrschende Ansicht überzeugt dogmatisch, führt jedoch einerseits durch den Tausch der aktiven und passiven Rollen im Prozess zu einer Benachteiligung des einzelnen Gesellschafters, sowie zu einer verstärkten Bedeutung der verlässlichen Prüfung der Treupflichtverletzung auf Tatbestandsebene. Die Schaffung und Akzeptanz von Kriterien zur Bestimmung der Treuwidrigkeit könnten auch die Messbarkeit der Klärung durch den Versammlungsleiter gewährleisten. Eine weitsichtige gestalterische Berücksichtigung in der Gesellschaft kann das Problem entschärfen. Zuletzt muss dem vorstehend Gesagten auch bei der Beurteilung der vollstreckungsrechtlichen Konsequenzen sowie der Gewährung von effektivem Rechtsschutz des Dissidenten Rechnung getragen werden.

#### **b. Erkenntnisverfahren**

Die Annahme der Nichtigkeit einer treuwidrigen Stimme wirkt sich auf die unterschiedlichen Verfahrenskonstellationen im Erkenntnisverfahren aus.

##### *aa. Denkbare Verfahrenskonstellationen*

Bei der Erfassung der denkbaren Verfahrenskonstellationen ist zunächst die Weichenstellung entscheidend, ob der streitgegenständlichen Stimmrechtsausübung eine (formale) Beschlussfeststellung folgte. In diesen Fällen ist eine gesonderte Betrachtung von Beschluss und Einzelstimme möglich. Die statthafte

Klageart folgt für den Dissident beziehungsweise die Gesellschaft aus dem jeweiligen Klagebegehren, je nach Fall zum Rechtsschutz gegen einen positiven oder negativen Beschluss.

- (i) Fehlt es an einer formalen Beschlussfeststellung, hat die Nichtigkeit der ablehnenden Stimme das positive Abstimmungsergebnis zur Folge. In diesen Fällen fehlt es an einem durch die formelle Feststellung geschaffenen Vertrauenstatbestand,<sup>788</sup> den es gestaltend zu beseitigen gilt. Ungeachtet dessen, ob ein positiver oder negativer Beschluss vorliegt, ist daher die Feststellungsklage auf Feststellung des jeweils anderslautenden Beschlussergebnisses statthaft. Der Dissident klagt auf Feststellung des abweichenden Ergebnisses, wenn seine Stimme unberücksichtigt gelassen wurde.<sup>789</sup> Dagegen kommt sie aus Sicht der Gesellschaft in Betracht, wenn die treuwidrige Stimme erfasst wurde und eine erneute Beschlussfassung nicht erfolgen soll. *Büchele* weist auf den alternativen Weg hin, Leistungsklage auf Abgabe einer treupflichtskonformen Stimme gegen den Gesellschafter zu erheben,<sup>790</sup> um sodann erneut Beschluss zu fassen. Eine Leistungsklage kollidiert in dieser Verfahrenskonstellation jedenfalls nicht mit den speziellen Klagearten des Beschlussmängelrechts.
- (ii) Solange eine (durchzuführende) Beschlussfeststellung noch nicht erfolgt ist, kommt – unabhängig vom Beschlussgegenstand – zum einen die Leistungsklage gegen den Versammlungsleiter in Betracht, die Stimme zu berücksichtigen. Zweifelhaft erscheint die Erhebung einer Leistungsklage nach § 259 ZPO, sofern auch die eigentliche Abstimmung *noch nicht* erfolgt ist.<sup>791</sup> Zum anderen kommt die Feststellungsklage vergleichbar der Konstellation unter (i) in Betracht.<sup>792</sup> Der Antrag lautet dann gleichermaßen auf

---

<sup>788</sup> OLG Stuttgart, NZG 2000, 490, 492.

<sup>789</sup> Zur Feststellungsklage des Dissidenten, vgl. OLG Hamburg, GmbHR 1992, 43, 43 ff.; *K. Schmidt*, GmbHR 1992, 9, 12; *Scholz/ders.*, GmbHG, § 47, Rn. 32; *Büchele*, Eingriff in Gesellschafterrechte im Insolvenzplan, S. 83; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 47, Rn. 32.

<sup>790</sup> *Büchele*, Eingriff in Gesellschafterrechte im Insolvenzplan, S. 83 f.

<sup>791</sup> Grundsätzlich ist die Leistungsklage nach § 259 ZPO zur Abgabe einer Willenserklärung zulässig, obgleich eine fällige Verpflichtung noch nicht besteht, siehe BGHZ 147, 225, 231; *MüKo/ZPO/Becker-Eberhard*, § 259, Rn. 3; tatbestandlich wird jedoch die Besorgnis rechtzeitiger Leistung bei fehlender Abstimmung häufig nicht zu beweisen sein, *MüKo/GmbHG/Drescher*, § 47, Rn. 262, bzw. vor endgültiger Verweigerung der Zustimmung schlicht nicht gegeben sein.

<sup>792</sup> Vgl. nur BGHZ 76, 154, 154 ff.; BGH, NJW 1999, 2268, 2268 f.



Feststellung des Beschlussergebnisses. Beide Klagebegehren können sowohl von dem Dissidenten, als auch der Gesellschaft verfolgt werden.

- (iii) Eine erfolgte und nunmehr grundsätzlich verbindliche Beschlussfeststellung kann nur im Wege der Anfechtungsklage angegriffen werden.<sup>793</sup> Dies gilt für den unberücksichtigten Dissident gleichermaßen wie für die Gesellschaft, wenn die dissentierende Stimme schon erfasst wurde<sup>794</sup>. Richtigerweise muss die treuwidrige Stimme für die Abstimmung ergebnisrelevant sein. Hinsichtlich des zugrundeliegenden Beschlussgegenstandes ist zu differenzieren: Handelt es sich um einen negativen Beschluss, so komplettiert die Feststellungsklage bei der sogenannten positiven Beschlussfeststellungsklage als Annex zur Anfechtungsklage<sup>795</sup> das klägerische Gestaltungsbegehren.<sup>796</sup> Dieses Vorgehen ist nach allgemeiner Auffassung dem Grunde nach auch bei der Anfechtung eines negativen Beschlusses wegen treuwidrigen Stimmverhaltens zulässig.<sup>797</sup>

Gesellschafterbeschlüsse können nach allgemeinen Grundsätzen durch einen erneuten Beschluss aufgehoben werden. Dogmatisch denkbar, wenngleich im Einzelfall mit Blick auf die eingetretene Wirkung des zunächst gefassten Beschlusses ungeeignet, ist eine allgemeine Leistungsklage auf (erneute) Stimmabgabe. Dabei wird jedoch teilweise vertreten, dass nach erfolgter Beschlussfassung die speziellen Beschlussmängelklagen abschließend statthaft seien.<sup>798</sup>

*Zöllner* begründet dies damit, dass ansonsten ein unbefristeter Rechtsbehelf

---

<sup>793</sup> Allgemeine Auffassung siehe schon RGZ 131, 15; 149, 305, 312; BGHZ 8, 348, 355; 14, 25, 37; 76, 352, 357; 88, 320, 328.

<sup>794</sup> Vgl. BGHZ 88, 320, 328; BGH, NJW 1991, 846, 846 f.; ZIP 1993, 1228; OLG Hamburg, GmbHR 1992, 43, 43 ff.; OLG Stuttgart, NZG 490, 492; *K. Schmidt*, GmbHR 1992, 9, 14; MüKo/GmbHG/*Drescher*, § 47, Rn. 262.

<sup>795</sup> Als „gleichzeitig erhobene Feststellungsklage“ BGHZ 97, 28, 30; als „Annex der kassatorischen Klage“, *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 45 Rn. 180.

<sup>796</sup> h.M., vgl. BGHZ 76, 191, 197 f.; 88, 320, 330; 97, 28, 30 f.; NJW 2002, 3704; *K. Schmidt*, NJW 1986, 2018, 2020 f.; *Lindacher*, ZGR 1987, 121, 125; *Bork/Oepen*, ZGR 2002, 241, 245; *Ulmer/Raiser*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 274; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 47, Rn. 32; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner*, GmbHG, § 47, Rn. 153; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, Anh. § 47, Rn. 40; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, Anh. § 47 Rn. 186 m.w.N.

<sup>797</sup> BGHZ 88, 320, 330; *Ulmer/Raiser*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 274; siehe aber zu den sich anschließenden Folgefragen eingehend unter „Teil 3 B.II.2.c.aa.(2)“.

<sup>798</sup> So MüKo/GmbHG/*Drescher*, § 47, Rn. 262 a.E.; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 47, Rn. 111; abweichend OLG Koblenz, ZIP 1989, 301, 301 ff.; wohl auch OLG Köln, GmbHR 1989, 76, 77; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 183 ff.; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 47, Rn. 32.

neben die Anfechtungsklage trete.<sup>799</sup> Dies erscheint indes nicht zwingend, da die Leistungsklage ihrerseits den materiell-rechtlichen Anspruch aufgrund einer (Verletzung einer) treupflichtsbezogenen Stimmpflicht voraussetzt. Bei der Beurteilung des Klaggrunds ist demnach allein darauf abzustellen, ob der erforderliche Anspruch (fort- oder erneut) besteht.

Freilich schafft die – grundsätzlich zulässige – Leistungsklage der Gesellschafter wünschenswerte Klarheit hinsichtlich der Rechtmäßigkeit des Stimmverhaltens und ermöglicht weiterhin die Umgehung der schwierigen Fragestellungen mit Blick auf die Voraussetzungen der Anspruchsdurchsetzung.

#### *bb. Behandlung von Sonderrechten und Beschlussfähigkeitsquoten*

Sofern Gesellschaftern Sonderrechte eingeräumt oder Beschlussfähigkeitsquoten statutarisch vereinbart sind, stellt sich die Frage, ob sich bei der prozessualen Erfassung Besonderheiten gegenüber den vorstehenden allgemeinen Fallgruppen ergeben.

Aus Sicht des zustimmungs- oder vetoberechtigten Gesellschafters gilt, dass die Unwirksamkeit eines ohne Beachtung des Sonderrechts getroffenen Beschlusses im Wege der Feststellungsklage geltend gemacht werden muss.<sup>800</sup> Selbst bei einer formalen Aufnahme eines ausgeübten Widerspruchs zu Protokoll, entsteht kein der Beschlussfeststellung vergleichbarer Vertrauenstatbestand, den es erst im Wege der Anfechtungsklage zu beseitigen gilt.<sup>801</sup> Im umgekehrten Fall einer treuwidrig verweigerten Zustimmung, beziehungsweise Ausübung des Vetorechts, können die übrigen Gesellschafter diese außer Acht lassen. Es ist also nicht erforderlich, diese zunächst anzuerkennen und erst mit gerichtlicher Hilfe zu überwinden.<sup>802</sup>

Es fragt sich, wie diejenigen Fälle zu behandeln sind, in denen ein vorgesehene Quorum und mithin die darin geforderte Beschlussfähigkeit blockiert wird. Dem Grunde nach endet eine Gesellschafterversammlung mit der Feststellung der feh-

---

<sup>799</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, § 47, Rn. 111.

<sup>800</sup> Vgl. jedenfalls zum Zustimmungserfordernis MüKo/GmbHG/Drescher, § 47, Rn. 64.

<sup>801</sup> OLG Stuttgart, NZG 2000, 490, 492.

<sup>802</sup> Dabei zog das OLG Stuttgart, NZG 2000, 490, 492, hilfsweise den Rechtsgedanken des § 162 BGB heran.

lenden Beschlussfähigkeit im Sinne der Satzung sofort und eine neue Versammlung ist einzuberufen.<sup>803</sup> Sofern ein Beschluss unter Missachtung eines statutari- schen Beschlussfähigkeitserfordernisses gefasst wird, ist dieser satzungs- und damit rechtswidrig. Statthaft ist die Anfechtungsklage. Die übrigen Gesellschaf- ter wiederum müssten im Wege der Leistungsklage gegen den Dissident auf (satz- ungsgemäße) Stimmrechtsausübung vorgehen.<sup>804</sup> Das OLG Hamburg urteilte darüber hinaus, dass die Übergehung der Beschlussfähigkeitsgrenze im Einzel- fall gerechtfertigt sei und es dem obstruierenden Gesellschafter wegen – erkenn- bar – rechtsmissbräuchlichen Verhaltens verwehrt sei, sich im Prozess auf das Quorum zu berufen.<sup>805</sup>

Allerdings erscheinen auch weitergehende Schlüsse zulässig: Die Verhinderung des erforderlichen Beschlussfähigkeitsquorums, als Mittel zur Blockade eines konkreten unliebsamen Beschlussergebnisses, ist ihrerseits (materiell-rechtlich) treuwidrig, wenn *im Abstimmungsfall eine Stimmpflicht* bestanden hätte. Dies festzustellen, obliegt wiederum dem Versammlungsleiter, entsprechend der vor- herrschenden Auffassung zur Nichtigkeit der Einzelstimmen.<sup>806</sup> Es wäre um- ständlich, den obstruierenden Dissident zunächst auf Leistung der Stimmrechts- ausübung zu verklagen und notfalls vollstrecken zu müssen. Stattdessen darf aus- nahmsweise ohne erneute Einberufung unter Missachtung des Beschlussquo- rums Beschluss gefasst werden. Schließlich wird einem obstruierenden Gesell- schafter unter dem Gesichtspunkt der Treupflicht verwehrt, den Beschluss ge- richtlich zu bekämpfen.<sup>807</sup> Es ist nicht ersichtlich warum die übrigen Gesellschaf- ter spiegelbildlich einen Prozess betreiben sollen. In diesen Fällen müsste der Gesellschafter dagegen schon verpflichtet werden, anwesend zu sein. Dies wird praktisch häufig daran scheitern, dass die Gesellschaft keine Kenntnis von den Plänen des Gesellschafters haben wird (vgl. auch § 259 ZPO). Ohnehin wird dem

---

<sup>803</sup> Allgemeine Auffassung siehe etwa schon *Wenck*, Die Einberufung der Generalversamm- lung, S. 129; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 48, Rn. 44a; *Michalski/Römermann*, GmbHG, § 48, Rn. 131.

<sup>804</sup> So die allgemeine Auffassung, siehe etwa *Winter*, Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, S. 183 f., *Ulmer/Hüffer/Schürnbrand*, GmbHG, § 47, Rn. 205.

<sup>805</sup> OLG Hamburg, NJW-RR 1991, 673; siehe dafür schon „Teil 3 B.II.1.b.“.

<sup>806</sup> Siehe „Teil 3 B.II.2.a.bb.“. Im Übrigen ist eine abweichende Fallgestaltung, wonach die Satzung einerseits in Beschlussfähigkeitsquorum festsetzt und gleichzeitig andererseits auf die formale Beschlussfassung verzichtet, praktisch unsinnig. Freilich kann in diesen Fällen das Gericht auf die Feststellungsklage den treugemäßen Beschlussinhalt feststellen.

<sup>807</sup> OLG Hamburg, NJW-RR 1991, 673, 673 ff.

schützenswürdigen Interesse der Gesellschaft an einer schnellen Lösung der Blockade nicht hinreichend Rechnung getragen, wenn sie erst nach den §§ 888 ff. ZPO vollstrecken müsste. Möchte der obstruierende Gesellschafter gegen den verbindlichen Beschluss vorgehen, muss er diesen anfechten.

Hinsichtlich der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast erscheint folgende Differenzierung sachgerecht: Bezüglich der die Treuwidrigkeit des Fernbleibens begründenden Umstände liegt sie bei der Gesellschaft oder den übrigen Gesellschaftern. Dagegen obliegt es dem Dissident darzulegen, dass die aus dem Boykott geschlussfolgerte inhaltliche Ablehnung der geplanten Abstimmung *nicht* gegen die Treupflicht verstößt.<sup>808</sup> Schwierigkeiten können sich dabei überall dort ergeben, wo noch keine Willensbildung und Entscheidungsfindung im Kollektiv stattgefunden hat und daher hinreichende Schlüsse auf die Abstimmungspräferenzen schwer möglich sind. Sehr weit geht dabei der Rückschluss des OLG Hamburg,<sup>809</sup> dass bei fehlendem Vortrag von Gründen für das Fernbleiben ein Boykott zu vermuten ist. Dies ist allenfalls aufgrund der Besonderheit des Falles erträglich, dass die Gesellschafter die Versammlung „sehenden Auges“ wieder verlassen hatten. Im Übrigen jedoch ist an der allgemeinen Beweislastverteilung festzuhalten. Obgleich die Gesellschafter hier im Wege der Feststellungsklage die Rechtswidrigkeit gerichtlich feststellen lassen könnten, wird es regelmäßig schneller und einfacher sein, eine erneute Beschlussfassung durchzuführen.<sup>810</sup>

### *cc. Zwischenergebnis*

Die Annahme der Nichtigkeit treuwidriger Einzelstimmen reduziert und verschiebt den Anwendungsbereich der Anfechtungsklage auf den festgestellten Beschluss. Die Gesellschafter müssen sodann nicht im Wege der Leistungsklage nach § 259 ZPO gegen den dissentierenden Gesellschafter prozessual vorgehen, sondern können auf Feststellung des – treugemäßen – Beschlussinhalts klagen. Es ist zudem überzeugend, auch in Fällen eines missbräuchlichen Abstimmungsboykotts die Gefahr der Obstruktion dadurch zu entschärfen, dass eine Übergehung des Quorums ausnahmsweise möglich ist. Freilich kann es im Interesse einer langfristigen Streitvermeidung und zur Verhinderung voreiliger, falscher

---

<sup>808</sup> Zur Herleitung vorstehend „Teil 3 B.II.1.b.“.

<sup>809</sup> OLG Hamburg, NJW-RR 1991, 673, 674; schon „Teil 3 B.II.1.b.“.

<sup>810</sup> Dies gilt umso mehr, da die bloße Feststellung grundsätzlich nicht im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verfolgt werden kann, siehe dazu nachstehend „Teil 3 B.II.2.d.aa.“.

Entscheidungen ratsam sein, eine zwischenzeitliche gerichtliche Klärung herbeizuführen, sofern dies zeitlich in Betracht kommt.

### c. Anspruchsdurchsetzung und vollstreckungsrechtliche Behandlung

Die vollstreckungsrechtliche Behandlung treuwidriger Stimmen wirft eine Reihe von Fragen auf. Sowohl die Notwendigkeit die Zwangsvollstreckung zu betreiben, als auch deren Durchführung, bemisst sich nach der zugrundeliegenden Fall- und Verfahrensgestaltung. Es wird zu zeigen sein, dass als Folge des Nichtigkeitsdogmas das Bedürfnis der Vollstreckung auf wenige Fallkonstellationen reduziert wurde.

#### *aa. Abgrenzung: Notwendigkeit und Entbehrlichkeit der Vollstreckung*

Grundsätzlich kann im Wege der Feststellungsklage ein subjektives Recht geltend gemacht werden, wohingegen ein weitergehender vollstreckungsfähiger Leistungsbefehl nur im Wege der Leistungsklage verfolgt werden kann.<sup>811</sup> Maßgeblich ist also, ob das klägerische Begehren schon durch die bloße Feststellung erreicht werden kann.

#### *(1) Verfahrenskonstellationen*

Ist die formale Beschlussfeststellung entbehrlich, lässt sich die Stimmbindung der Gesellschafter dadurch realisieren, dass der treugemäße – positive oder negative – Beschluss klageweise festgestellt wird. Die Gesellschaft war früher darauf verwiesen, Leistungsklage gegen den Gesellschafter zu erheben, treugemäß (erneut) abzustimmen. Dagegen erlaubt die Annahme der Nichtigkeit nach dem hier vertretenen Ansatz die schlichte Nichtberücksichtigung.<sup>812</sup> Ebenfalls reicht es im Falle der formellen Beschlussfeststellung aus, einen unter Berücksichtigung der Stimme zustande gekommenen – positiven – Beschluss anzufechten. Problematisch ist dagegen lediglich die Behandlung formal festgestellter – negativer – Beschlüsse. Derartige Beschlüsse können im Wege der Anfechtungsklage kassiert werden. Der Dissident muss mit einer Leistungsklage zur ordnungsgemäßen Abstimmung verklagt werden. Mit Rechtskraft des Leistungsurteils könnte die Stimmabgabe dann nach § 894 ZPO ersetzt werden. Gleichzeitig befindet man sich regelmäßig jedoch auch im Anwendungsbereich der sogenannten

---

<sup>811</sup> MüKo/ZPO/Becker-Eberhard, Vorbemerkung zu §§ 253 ff., Rn. 21.

<sup>812</sup> Zu den einzelnen Verfahrenskonstellationen eingehend vorstehend „Teil 3 B.II.2.b.aa.“.

positiven Beschlussfeststellungsklage. Schließlich geht es in diesen Fallkonstellationen um die Herbeiführung eines rechtmäßigen, positiven Beschlusses. Der ursprünglich festgestellte Beschluss wird im Wege der Anfechtungsklage kassiert und der rechtmäßige Beschlussinhalt festgestellt.

*(2) Das Verhältnis von positiver Beschlussfeststellungsklage und § 894 ZPO*

Daher stellt sich die Frage, inwieweit in diesen Fällen eine Vollstreckung nach § 894 ZPO möglich oder überhaupt erforderlich ist.

*(a) Beschlusskorrektur durch Feststellungsklage dem Grunde nach möglich*

Mit der Annahme der Nichtigkeit einer dergestalt abgegebenen Einzelstimme könnte ein Gesellschafter den für ihn nachteiligen Weg über die rechtskräftige Beurteilung einer Leistungsklage auf rechtmäßige Stimmabgabe und deren Fiktion nach § 894 ZPO möglicherweise umgehen. Nunmehr kann mit der positiven Beschlussfeststellungsklage zugleich der gefasste Beschluss gestaltend beseitigt und der angestrebte festgestellt werden. Dabei wird der treuwidrige durch den rechtmäßigen Beschlussinhalt ersetzt. Ausgehend vom klägerischen Begehren wäre oftmals ein weitergehender gerichtlicher Leistungsbefehl auf Stimmabgabe im Sinne einer Leistungsklage nicht erforderlich.

Daher kann anzunehmen sein, dass sich die positive Beschlussfeststellungsklage und eine – sodann entbehrliche – Vollstreckung nach § 894 ZPO grundsätzlich ausschließen.<sup>813</sup> Die Grenze verlief dort, wo die positive Beschlussfeststellungsklage gleichermaßen den beantragten Beschlussinhalt realisieren kann. Dies richtet sich wiederum nach der Statthaftigkeit und den Anforderungen an die Klage, was im Einzelnen kontrovers beurteilt wird und sogleich zu skizzieren ist.<sup>814</sup> Sofern danach materiell-rechtlich die Treupflicht zur Stimmbindung führt, wären nach dem Nichtigkeitsdogma weitere Differenzierungen mit Blick auf die prozessuale Handhabe gleichermaßen entbehrlich wie verfehlt. Der Frage käme nur noch in den sogleich zu behandelnden Fällen eines Erfüllungszwangs bei der (erneuten) Abstimmung Bedeutung zu.<sup>815</sup> Diese Exklusivität würde letztlich

---

<sup>813</sup> Falls doch Leistungsklage zur erneuten Abstimmung erhoben wird, siehe „Teil 3 B.II.2.c.bb.“.

<sup>814</sup> Dabei ist bei der Behandlung treuwidriger Stimmen insbesondere die Frage problematisch, ob es der vorherigen Erhebung einer Leistungsklage bedarf, sogleich „Teil 3 B.II.2.c.aa.(b)“.

<sup>815</sup> Nachstehend unter „Teil 3 B.II.2.c.bb.“.

auch dann nicht durchbrochen, wenn im Falle des treuwidrigen Abstimmungsboykotts, entgegen der hier vertretenen Auffassung, eine Leistungsklage auf Stimmabgabe gefordert würde.<sup>816</sup> Schließlich wäre dann mangels festgestelltem Beschluss die positive Beschlussfeststellungsklage noch gar nicht denkbar. Diese uneingeschränkte exklusive Betrachtung erfährt jedoch dadurch Einschränkungen, dass im Rahmen der positiven Beschlussfeststellungsklage unter dem Gesichtspunkt des Drittschutzes auch die Interessen des Dissidenten zu berücksichtigen sind. Es besteht Einigkeit dahingehend, dass dieser am Verfahren beteiligt sein muss, um die Möglichkeit zu haben, Einwände geltend zu machen. Schwierigkeiten bereitet dagegen die Frage, welche Anforderungen daran im Einzelnen zu stellen sind. Höchst umstritten ist insbesondere die Forderung, dass im Bereich der treuwidrigen Stimmrechtsausübung eine Leistungsklage auf Abgabe einer erneuten Stimme gegen den Dissident zu erheben sei.<sup>817</sup> Der dem Grunde nach getrennte Anwendungsbereich von Leistungsklage auf erneute Stimmabgabe einerseits und der bloßen Feststellung des gegenteiligen Beschlussinhalts andererseits würden verschränkt.

*(b) Meinungsgeflecht: Erfordernis der Leistungsklage*

Die Frage der Notwendigkeit einer zu erhebenden Leistungsklage ist weniger ein Meinungsstand, sondern vielmehr ein Geflecht verschiedenartiger, sich – ganz, teilweise oder auch scheinbar – widersprechender Meinungen.<sup>818</sup> Ein wirklicher

---

<sup>816</sup> „Teil 3 B.II.2.b.bb.“.

<sup>817</sup> *Korehnke*, Treuwidrige Stimmen im Personengesellschafts- und GmbH-Recht, S. 164; wohl auch *Bücheler*, Eingriff in Gesellschafterrechte im Insolvenzplan, S. 82 f., obgleich er sodann auf die Lösung über die positive Beschlussfeststellung hinweist; auch *Sester*, BB 1997, 1, 6 (Personengesellschaft). *Koppensteiner*, ZIP 1994, 1325, 1329; *ders.* GES 2012, 488, 488 ff.; *MüKo/GmbHG/Wertenbruch*, § 47 Anh., Rn. 261 aE; *Gehrlein/Ekkenga/Simon/Teichmann*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 81 aE; *Ulmer/Raiser*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 275 aE; nur in der Tendenz *Roth/Altmeppen/Roth*, GmbHG, § 47, Rn. 157; ablehnend: BGHZ 88, 320, 320 f.; vgl. BGH, WM 1985, 195; vgl. OLG Hamm, GmbHR 1985, 119; OLG Koblenz, ZIP 1989, 303, 304; *Lindacher*, ZGR 1987, 121, 126; Auch *Michalski/Römermann*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 584; differenzierend *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 192 nur für den Fall, dass eine Stimmabgabe zur Wahrung eines Stimmquorums erforderlich ist; auch bei *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, Anh. zu § 47, Rn. 42, lässt sich die zwingende Voraussetzung einer Leistungsklage nicht entnehmen; ebenso ist *K. Schmidt* von dieser vormals vertretenen Auffassung abgekehrt, *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 45, Rn. 182; § 47, Rn. 32 (abweichend *ders.* noch 6. Auflage, Rn. 29 sowie in NJW 1986, 2020 f.).

<sup>818</sup> Siehe Nachweise in vorstehender Fußn. 817.

Diskurs zwischen den angeblichen Gegenpositionen beziehungsweise eine direkte Konfrontation scheint mitunter zu fehlen.<sup>819</sup> Wesentlich ist, dass *K. Schmidt* seine vormals vertretene, viel zitierte Meinung aufgegeben hat, was nur teilweise erkannt wird.<sup>820</sup> Im Übrigen fehlen weitergehende, eigene Begründungen zu- meist genauso wie eine Überprüfung der Ansätze vor dem Hintergrund der ge- änderten Nichtigkeitspraxis der Rechtsprechung. Dem vieldiskutierten Fall des BGH<sup>821</sup> lag die Besonderheit zugrunde, dass der dissentierende Gesellschafter dem Verfahren als Nebenintervenient beigetreten war. Die ablehnende Auffas- sung lässt daher den Beitritt als Nebenintervenient ausreichen und fordert nur subsidiär die zwingende Einbeziehung des Gesellschafters in den Rechtsstreit durch Zustellung der Klage auf Leistung.<sup>822</sup>

Im Kern geht es also um die Frage, welche Anforderungen an den Drittschutz bei der positiven Beschlussfeststellungsklage im Allgemeinen zu stellen sind und, inwieweit die Behandlung von treuwidrigen Stimmen eine besondere Beur- teilung erforderlich macht.

#### *(aa) Zum Drittschutz bei der positiven Beschlussfeststellungsklage*

Die positive Beschlussfeststellungsklage löst mit ihrer Wirkung erga omnes<sup>823</sup> regelmäßig Probleme des Drittschutzes aus.<sup>824</sup> Sie ist der Sache nach ein inner- gesellschaftlicher Organstreit, der dabei die Interessen sämtlicher Gesellschafter berührt.<sup>825</sup> Freilich ist diese Frage zunächst daher nicht ausschließlich im Zusam- menhang mit treuwidrigen Stimmen zu sehen. Anerkannt ist, dass es der verfas-

---

<sup>819</sup> Exemplarisch Michalski/Römermann, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 584, der *K. Schmidt*, NJW 1986, 2018, 2020 f. dahingehend missversteht, dass die Beitrittsmöglichkeit ausreiche, was im Falle der positiven Beschlussfeststellung bei treuwidriger Stimmrechtsausübung von diesem gerade nicht vertreten wird.

<sup>820</sup> Am deutlichsten bei Ulmer/Raiser, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 275 aE, der seine Meinung auf den früheren Ansatz von Scholz/*K. Schmidt*, GmbHG, 6. Auflage, § 47, Rn. 29 stützt (vgl. Fußn. 817 aE), ohne die erforderliche Anpassung vorgenommen zu haben.

<sup>821</sup> BGHZ 88, 320, 330, siehe ausführlich schon „Teil 3 B.II.2.a.aa.“.

<sup>822</sup> Ulmer/Raiser, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 275 aE; im Einklang mit den Ausführungen des BGH lässt man es im Bereich des Stimmrechtsausschlusses etwa ausreichen, dass dem Gesellschafter die *Möglichkeit* des Beitritts als Nebenintervenient eingeräumt wurde, aus- drücklich auch Michalski/Römermann, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 584; *K. Schmidt*, NJW 1986, 2018, 2020 f.

<sup>823</sup> Siehe die Nachweise in Fußn. 781.

<sup>824</sup> BVerfGE 60, 7, 7 ff. (zur Auflösungsklage nach § 61 GmbHG); BGHZ 88, 320, 330.

<sup>825</sup> *Lindacher*, ZGR 1987, 121, 126 m.w.N.



sungsrechtliche Anspruch eines jeden Gesellschafters auf rechtliches Gehör gebietet, diesem zu ermöglichen, Mängel eines Beschlusses geltend zu machen.<sup>826</sup> Sofern nun also der Gesellschafter Umstände darlegt und beweist, dass der gerichtlich festzustellende Beschluss seinerseits rechtswidrig ist,<sup>827</sup> wäre der Beschlussinhalt also nicht antragsgemäß festzustellen. Dabei ist es allgemein anerkannt, dass zur Wahrung des rechtlichen Gehörs die *Möglichkeit*, im Wege der Nebenintervention dem Verfahren beizutreten, grundsätzlich ausreicht.<sup>828</sup>

*(bb) (Kein Sonderfall) Stimmbindung – Anspruch auf erneute Beschlussfassung?*

Wird ein Beschluss wegen einer treuwidrigen Stimmrechtsausübung angefochten, prüft das Gericht inzident die Treuwidrigkeit der Einzelstimme aufgrund bestehender Stimmbindung. Sofern der Dissident seinerseits Einwände gegen die Treuwidrigkeit vorbringen will, wäre er auf die ebenfalls erhobene Feststellungsklage verwiesen. Einigen Stimmen reicht diese Möglichkeit der Beteiligung als Nebenintervention nicht aus, weshalb eine zwingende Beteiligung erforderlich sei.<sup>829</sup> Zweifelhaft bleibt, woraus sich (materiell-rechtliche) Unterschiede zu den allgemeinen Fällen der Beschlussfeststellungsklage ergeben und inwieweit diese unter dem Gesichtspunkt des Drittschutzes eine zwingende Beteiligung erforderlich machen. Zunächst scheidet mit Blick auf den Gegenstand des Verfahrens eine rechtliche Beeinträchtigung aus, da nur die Beschlusslage festgestellt wird<sup>830</sup>. Entsprechend dem Nichtigkeitsdogma folgt aus der Treuwidrigkeit einer Stimme ipso iure deren Nichtigkeit. Daher ist die Feststellung auf den gegenteilig beantragten Beschlussinhalt gerichtet. Schließlich ist nicht ersichtlich, woraus sich die unterschiedliche Behandlung gegenüber Stimmbindungen in Fällen ohne formale Beschlussfeststellung ergeben soll.<sup>831</sup> Betrachtet man den formal festgestellten Beschluss als Vertrauenstatbestand, wird dieser durch die Anfechtung kassiert. Weiterhin erscheint es zweifelhaft, dass sich der treuwidrig Handelnde auf einen Vertrauenstatbestand berufen darf, wenn er dies prozessual nicht

---

<sup>826</sup> Vgl. BVerfGE 60, 7, 7 ff.; BGHZ 88, 320, 330; 97, 28, 32; darstellend bei OLG Koblenz, ZIP 1989, 303, 304.

<sup>827</sup> BGHZ 76, 191, 200 f.

<sup>828</sup> Ausdrücklich OLG Koblenz, ZIP 1989, 303, 304 f.

<sup>829</sup> Ulmer/*Raiser*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 275; *Maier-Reimer* in: FS Oppenhoff, S. 193, 208 ff.; siehe dafür die Nachweise in Fußn. 817.

<sup>830</sup> So auch Michalski/*Römermann*, GmbHG, Anh. zu § 47, Rn. 585.

<sup>831</sup> Dort ist seit dem Nichtigkeitsdogma die Feststellungsklage zur Feststellung des Beschlussinhalts ohne Weiteres möglich, siehe vorstehend unter „Teil 3 B.II.2.b.aa.“.

durchsetzen können wird<sup>832</sup>. Warum eine grundlegend abweichende Beurteilung hier erforderlich sein soll, ist nicht ersichtlich. Im Übrigen ist es schlichter Ausfluss des Nichtigkeitsdogmas, dass das Votum eines Gesellschafters nicht beachtet oder im Vorfeld der formalen Beschlussfeststellung umgekehrt werden kann.<sup>833</sup> Die Richtigkeit dieser Lösung zeigt sich durch folgende Kontrollüberlegung: Die Gesellschafter könnten den Beschluss auch dadurch herbeiführen, dass nach der gesonderten Anfechtung erneut Beschluss gefasst wird und dabei die dissentierende Stimme nicht mitgezählt wird.

Eine abweichende Beurteilung könnte sich allenfalls ergeben, wenn durch diese Feststellung eine Beschneidung subjektiver Rechte des Gesellschafters droht. Dies wäre vornehmlich der Fall, sofern dieser einen Anspruch zur erneuten Abstimmung hätte. Eine positive Beschlussfeststellungsklage kommt jedoch regelmäßig nur in Konstellationen in Betracht, in denen eine treuwidrige, nichtige Stimme gleichwohl formell gewertet und der Beschluss daher abgelehnt wurde. Man kann daher argumentieren, dass eine Verletzung der Rechte schon deshalb ausscheidet, da das mitgliedschaftliche Stimmrecht nur die rechtmäßige, insbesondere treukonforme Ausübung umfasst. Die Betroffenheit eines Gesellschafters durch einen nunmehr gerichtlich festgestellten Beschluss ist indes nur Reflex der Zugehörigkeit zur Gesellschaft und betrifft daher sämtliche Gesellschafter gleichermaßen. Mit der Rechtmäßigkeit des Beschlusses entfällt umgekehrt die Möglichkeit der Verletzung subjektiver Rechte ebenso wie der Anspruch auf (erneute) Beschlussfassung.

Zuletzt werden regelmäßig hinreichende Anhaltspunkte im Verhalten des Gesellschafters im Vorfeld der Abstimmung dafür vorliegen, dass die Zustimmung auch im zweiten Anlauf verweigert wird. Materiell-rechtliche Gründe für eine abweichende Beurteilung finden sich nach alledem nicht. Ein rechtmäßiger Beschluss kann die subjektiven Rechte eines Gesellschafters nicht verletzen. Der maßgebliche Unterschied ist mithin die Wichtigkeit der Prüfung der Treuwidrigkeit, für die der Dissident freilich vortragen *kann*.

#### *(cc) Erhebung der Leistungsklage zur Wahrung des rechtlichen Gehörs*

Somit kann sich ein Erfordernis der Leistungsklage lediglich aus dem verfassungsrechtlich verankerten Anspruch auf Gewährleistung rechtlichen Gehörs

---

<sup>832</sup> Vgl. das Urteil des OLG Hamburg, NJW-RR 1991, 673, welches das Berufen auf treuwidriges Verhalten verwehrt, dazu schon vorstehend unter „Teil 3 B.II.1.b.“.

<sup>833</sup> Eingehend vorstehend unter „Teil 3 B.II.2.b.bb.“.

nach Art. 103 Abs. 1 GG ergeben. Zweifelhaft ist jedoch, ob dieser über die Möglichkeit sich am Verfahren zu beteiligen hinaus eine *zwingende* Beteiligung durch die Einbeziehung in den Rechtsstreit gewährleistet.<sup>834</sup> Im Kern ist dies eine Frage der Reichweite des Anspruchs auf rechtliches Gehör. Zunächst kann dieser schon aus Art. 103 Abs. 1 GG originär begründet werden, sofern die Verfahrensordnungen ein Minimum an Schutz nicht ausreichend gewähren,<sup>835</sup> etwa durch konkretisierte Informations- und Aufklärungspflichten. Der Anspruch auf rechtliches Gehör steht grundsätzlich demjenigen zu, dem gegenüber eine richterliche Entscheidung materiell-rechtliche Wirkung entfaltet, mithin also jedem Gesellschafter, den der festgestellte Beschlussinhalt betrifft.

Freilich kann dem Vortrag des Dissidenten angesichts der besonderen Komplexität der Beurteilung seines Verhaltens, insbesondere zur Ermittlung von subjektiven Komponenten,<sup>836</sup> eine entscheidende Bedeutung zukommen. Diese wird durch die infolge des Nichtigkeitsdogmas letztlich weiter gesteigerte Bedeutung des Tatbestandsmerkmals der Treuwidrigkeit unterstrichen, das mit der Umkehrung der Prozessrollen nunmehr eine Reaktion des Dissidenten erforderlich macht<sup>837</sup>. Beachtlich ist, dass die (spätere) Anfechtung des Beschlusses entbehrlich wird, sofern der Dissident sich rechtmäßig verhalten hat und er die zugrundeliegenden Umstände schon im Rahmen des Feststellungsverfahrens darlegt und beweist. Indem die Möglichkeit des Beitritts als Nebenintervenient „jederzeit“ bis zur rechtskräftigen Entscheidung (§ 66 Abs. 2 ZPO) denkbar ist, besteht letztlich die Option sich zu beteiligen, ohne spiegelbildlich einer strengen (parteilichen) Prozessförderungspflicht zu unterliegen. In verfassungskonformer Auslegung des § 66 Abs. 2 ZPO kann insbesondere auch die Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand beantragt werden. Letztlich bietet sich die Chance der Wahrnehmung prozessualer Handlungen zur Interessendurchsetzung, deren Verstreichenlassen im privatautonomen Verantwortungsbereich des Einzelnen liegt. Für denjenigen, der trotz Kenntnis vom Rechtsstreit von einem Beitritt absieht und damit die Möglichkeit der Anhörung verstreichen lässt, sind Beeinträchtigungen gerade nicht unvermeidbar. Dass im Bereich der positiven Beschluss-

---

<sup>834</sup> Die Möglichkeit für ausreichend erachtend, *K. Schmidt*, NJW 1986, 2018, 2020 f.; Michalski/Römermann, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 577; *Lindacher*, ZGR 1987, 121, 126.

<sup>835</sup> Vgl. BVerfGE 21, 132, 137; 60, 7, 7 ff.

<sup>836</sup> Zum Maßstab der Treuwidrigkeit bei der Stimmbindung siehe vorstehend „Teil 3 B.II.1.a, c.“.

<sup>837</sup> Siehe vorstehend „Teil 3 B.II.2.a.bb.“.

feststellungsklage nichts anderes gelten kann, macht der BGH in seinem prominenten Urteil deutlich, indem er es ausreichen ließ, dass dem „Gesellschafter die Gelegenheit gegeben wird, Einwendungen hiergegen in dem anhängigen Verfahren zu erheben“.<sup>838</sup> Dies entspricht der Haltung, dass der Weg über die Nebenintervention eine „allen Interessen gerecht werdende Lösung bietet“,<sup>839</sup> darzulegen, ob und inwieweit der im Urteil festzustellende Beschluss seinerseits rechtswidrig ist. Der durch das Gericht festzustellende Beschluss ist im vorliegenden Problemkreis immer dann rechtswidrig, sofern die dem Beschluss zugrundeliegenden Einzelstimme des Gesellschafters nicht gegen die Treupflicht verstößt. Aus einem weiteren gewichtigen Grund kann die Forderung nach einer Leistungsklage nicht überzeugen: Die Klage auf Zustimmung verzögert die Beschlussfassung, da erst mit deren Rechtskraft eine Vollstreckung nach § 894 ZPO in Betracht kommt. Dadurch konterkariert man die mit der Einführung des Nichtigkeitsdogmas bezweckte Beschleunigung der Beschlussfassung. Dies hätte die widersinnige Folge, dass das materiell-rechtlich einst gewünschte Ergebnis prozessual wieder nivelliert würde. Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist zudem in seinem Umfang durch das Spannungsfeld mit einem effizienten Verfahren begrenzt. Folglich wird der Anspruch durch die Prozessvorschriften begrenzt und eingeschränkt<sup>840</sup>. Hierher gehören insbesondere die Frist zur Anzeige der Verteidigungsbereitschaft und Klageerwiderung (vgl. § 276 Abs. 1 und § 277 ZPO) sowie der Sanktionierung verspäteten Vorbringens (§ 296 ZPO) als Ausdruck des zivilprozessualen Grundsatzes der Verfahrensbeschleunigung. Auf der Suche nach der geeigneten Form der Beteiligung des Dissidenten muss zudem berücksichtigt werden, dass dieser ansonsten die (erneute) Möglichkeit der Verweigerung beziehungsweise der Verzögerung des Beschlusses hätte. Daher wäre es umständlich diese Pflicht zunächst aufzustellen und sodann eine Lösung für die Blockade – etwa wieder durch die Korrektur treuwidrigen Verhaltens – zu finden. Würde man stattdessen zur Vermeidung dieser Verzögerung nur auf die formale Klageerhebung und Zustellung an den Dissident ausweichen, würde die Leistungsklage ebenfalls lediglich als Mitteilung zur Wahrung rechtlichen Gehörs dienen. Diese bloße Information des

---

<sup>838</sup> BGHZ 88, 320, 330.

<sup>839</sup> BGHZ 76, 191, 200 f. m.w.N.

<sup>840</sup> BVerfG, NJW 1992, 680; BGHZ 75, 302, 316; eingehend BayVerfGH, Entscheidung v. 18.10.1995 – Vf. 22-VI/95.

Gesellschafters über das Verfahren, entspricht jedoch genau den Mindestanforderungen des BGH, durch die Mitteilung eine Nebenintervention zu ermöglichen.<sup>841</sup> Zuletzt wird nicht selten unter dem Gesichtspunkt der Kostentragungspflicht ein Interesse des Gesellschafters bestehen, nicht als Partei in den Rechtsstreit gezogen zu werden.<sup>842</sup>

*(dd) Zwischenfazit*

Der gebotene Drittschutz bei der positiven Beschlussfeststellungsklage bemisst sich allein nach der Reichweite des Anspruchs auf rechtliches Gehör und zwar auch im Rahmen der Feststellung vormals treuwidriger Beschlüsse. Ein Erfordernis zur Leistungsklage ist abzulehnen. Daher ist es ausreichend, dass der Gesellschafter von dem Rechtsstreit informiert wird und als Nebenintervenient beitreten kann. Lediglich, sofern diese Mitteilung unterbleibt, ist subsidiär die Erhebung der Leistungsklage gegen den Dissident von dessen Anspruch auf rechtliches Gehör erfasst. In diesen Fällen fungiert die Einbeziehung in das Verfahren letztlich primär als Mitteilung im Sinne einer Informations- und Auskunftserteilung. Insgesamt stellt sich die Forderung nach der Leistungsklage als Rudiment aus der Zeit vor dem Nichtigkeitdogma dar, als die (erneute) Abstimmung durch Leistungsklage erforderlich war.<sup>843</sup>

Das Gericht stellt fest, ob der Beschluss bei korrekter Ermittlung der Stimmen, ohne Zählung der treuwidrigen Stimme, zustande gekommen wäre. Es ersetzt dabei nicht die Entscheidung der Gesellschafter durch eine eigene.<sup>844</sup>

---

<sup>841</sup> Ein Abstellen auf einen zwischen der Rechtshängigkeit und der rechtskräftigen Verurteilung liegenden Zeitpunkt (die Erklärung der Verteidigungsbereitschaft, die Klagerwiderrung, oder – konsequent – den Tatsachenvortrag in der mündlichen Verhandlung) würde den Konflikt zwischen der Wahrnehmung des rechtlichen Gehörs und der zeitlichen Dauer entsprechend verschieben.

<sup>842</sup> Sofern *K. Schmidt*, NJW 1986, 2018, 2020 die zwangsweise Beteiligung durch Leistungsklage für Stimmrechtsausschlüsse im Sinne des § 47 Abs. 4 GmbHG ohne nähere Ausführungen als „Danaergeschenk“ bezeichnet, so muss diese Gefahr jedenfalls mit Blick auf die Kostentragungslast, auch im Falle treuwidrigen Stimmverhaltens gelten.

<sup>843</sup> Dafür scheint nicht zuletzt auch die Entwicklung im Schrifttum zu sprechen, die wesentlich durch die frühere Ansicht *K. Schmidts* geprägt wurde, bevor dieser seine Auffassung änderte (siehe dazu Fußn. 817 aE).

<sup>844</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 189; Michalski/Römermann, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 578.

(c) *Zwischenergebnis*

Es besteht grundsätzlich Exklusivität der Anwendungsbereiche einer positiven Beschlussfeststellungsklage und der Vollstreckung nach § 894 ZPO: Im Anwendungsbereich der positiven Beschlussfeststellungsklage ist die Vollstreckung entbehrlich. Die Erhebung der Leistungsklage ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Gewährung rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG erforderlich. Sofern dennoch Leistungsklage erhoben wird, ist die Ersetzung über § 894 ZPO gleichwohl denkbar. Somit ist die Erhebung einer Leistungsklage auf erneute Stimmabgabe weiterhin zulässig, jedoch keine zwingende Voraussetzung.

*bb. Vollstreckungstechnik und (begrenzter) Anwendungsbereich des § 894 ZPO*

Der Tatbestand des § 894 ZPO erfasst nach allgemeiner Auffassung auch die Beschlussfassung und Stimmrechtsausübung.<sup>845</sup> Die Fiktion des § 894 ZPO dient dabei maßgeblich der Umsetzung von Leistungsurteilen, da diesen eine gestaltende Wirkung fehlt.<sup>846</sup> Sie tritt ein, wenn ein dahingehend ausreichend bestimmter Titel vorliegt und eine Mitteilung des rechtskräftig gewordenen Urteils an die Mitgesellschafter, beziehungsweise bei formeller Beschlussfeststellung an den Versammlungsleiter, erfolgt.<sup>847</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt ist die formelle Rechtskraft des Titels (vgl. § 705 ZPO). Einer weiteren Handlung eines Vollstreckungsorgans bedarf es dabei nicht.<sup>848</sup> Die Fiktion löst all diejenigen Folgen aus, die auch eine (formwirksame) Erklärung des Schuldners bedeutet hätte.<sup>849</sup> Damit ersetzt sie nach den allgemeinen Grundsätzen auch jede Form,<sup>850</sup> weshalb auch

---

<sup>845</sup> Vgl. BGHZ 48, 163, 173 f.; *Herfs*; Einwirkung Dritter auf den Willensbildungsprozess der GmbH, S. 176; *Semrau*, Die Dritteinflussnahme auf die Geschäftsführung von GmbH und Personengesellschaften, S. 136; *Klosterkemper*, Einflussmöglichkeiten Außenstehender auf den innerkorporativen Bereich der GmbH, S. 101; Prütting/Gehrlein/*Hilbig-Lugani*, ZPO, § 894, Rn. 3; MüKo/ZPO/*Gruber*, § 894, Rn. 2 a.E. m.w.N.

<sup>846</sup> Vgl. BGH, NJW-RR 2005, 687, 692.

<sup>847</sup> BGHZ 48, 163, 174; BGH, WM 1989, 1021.

<sup>848</sup> Die insoweit streitigen Fragen, inwieweit die Fiktion mangels Handlung eines Vollstreckungsorgans mit den vollstreckungsrechtlichen Rechtsbehelfen angreifbar ist (ablehnend, OLG Hamburg, MDR 1998, 1051; HK-ZV/*Bendtsen*, § 894, Rn. 18; Rosenberg/Schwab/*Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 208 III 5; dafür Stein/Jonas/*Brehm*, § 894, Rn. 20 m.w.N.), soll nicht weiter vertieft werden. Es würde an der Rollenverteilung von Aktion und Reaktion nichts ändern.

<sup>849</sup> Vgl. BAG, BB 1997, 895, 896; Prütting/Gehrlein/*Hilbig-Lugani*, ZPO, § 894, Rn. 10.

<sup>850</sup> Zöller/*Stöber*, ZPO, § 894, Rn. 5.

mögliche statutarische Bestimmungen zu Verfahren und Form der Gesellschafterversammlung nach den §§ 48 ff. GmbHG unerheblich werden<sup>851</sup>. Ersetzt wird freilich die Stimmabgabe, nicht dagegen der zu fassende Beschluss als solcher.<sup>852</sup> Die Vollstreckung nach § 894 ZPO kommt demzufolge in denjenigen Fällen in Betracht, in denen im Erkenntnisverfahren die Leistungsklage zur (erneuten) Stimmabgabe statthaft ist.<sup>853</sup> Aufgrund dessen unterscheidet sich die vollstreckungsrechtliche Behandlung treuwidrigen Stimmverhaltens von derjenigen bei vertraglichen Stimmbindungen. Den wesentlichen praktischen Anwendungsbereich stellt die Durchsetzung von Verpflichtungen aus schuldrechtlichen Stimmbindungsverträgen dar.<sup>854</sup> Geht es dort um das Verbot einer Stimmabgabe im Sinne einer Unterlassung, ist die Vollstreckung nach § 890 ZPO möglich.<sup>855</sup> Der BGH entschied die Kontroverse der vollstreckungsrechtlichen Handhabe zwischen der Erwirkung einer vertretbaren Handlung nach § 887 ZPO,<sup>856</sup> der Durchsetzung der Stimmrechtsausübung als vertretbare Handlung gemäß § 888 ZPO,<sup>857</sup> oder einer Ersetzung derselben durch ein (rechtskräftiges) Urteil im Wege des § 894 ZPO, zugunsten der letztgenannten Stimmrechtsfiktion.<sup>858</sup> Dies fand in Rechtsprechung und Schrifttum vorherrschend Anhang.<sup>859</sup> Dem ist beizupflichten, da die Fiktion dem Gläubiger unmittelbar das angestrebte Ergebnis liefert und ein „Beugezwang“ zur Abgabe der Willenserklärung letztlich sowohl dem Gläubiger als auch dem Schuldner lästig ist<sup>860</sup>. Regelmäßig liegt also ein vertraglicher Leistungsanspruch vor.

---

<sup>851</sup> Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 47, Rn. 56 a.E.

<sup>852</sup> Klarstellend BGHZ 48, 163, 173 f.; WM 1989, 1021.

<sup>853</sup> Zur Anwendbarkeit des § 894 ZPO unter „Teil 3 B.II.2.d.aa.(3)“.

<sup>854</sup> Siehe zur Wirksamkeit von Stimmbindungsverträgen und deren prozessualen Konsequenzen näher monografisch Herfs, Einwirkungen Dritter auf den Willensbildungsprozess der GmbH, S. 161 ff.; Klosterkemper, Einflussmöglichkeiten Außenstehender auf den innerkorporativen Bereich der GmbH, S. 97 ff.

<sup>855</sup> Zutt, ZHR 1991, 190, 198; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 47, Rn. 56 m.w.N.

<sup>856</sup> Peters, AcP 1958, 311, 311; Mertens, JR 1967, 462, 462 f.

<sup>857</sup> Fischer, GmbHR 1953, 65, 69; Zutt, ZHR 1991, 190, 197 f.

<sup>858</sup> BGHZ 48, 163, 173 ff.

<sup>859</sup> Vgl. BGH, NJW-RR 1989, 1056; OLG Köln, GmbHR 1989, 76; OLG Celle, DStR 1991, 1290; OLG Saarbrücken, GmbHR 2005, 546, 549; GmbHR 2007, 143; Michalski/Römermann, GmbHG, § 47, Rn. 546; Ulmer/Hüffer/Schürnbrand, GmbHG, § 47, Rn. 205; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 47, Rn. 56; ders., Gesellschaftsrecht, S. 620; MüKO/GmbHG/Drescher, § 47, Rn. 252; Bork/Schäfer/Casper, GmbHG, § 47, Rn. 29; Henssler/Strohn/Hillmann, GesR, § 47 GmbHG, Rn. 94.

<sup>860</sup> Vgl. Hahn/Mugdan, Materialien zur Zivilprozessordnung, S. 466; Stein/Jonas/Brehm, ZPO, § 894, Rn. 1.

Zwar kann auch die aus der Treupflicht folgende Pflicht vollstreckt werden.<sup>861</sup> Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der Dissident als Schuldner im Sinne der Norm zur Abgabe der Willenserklärung verurteilt wurde. Gleichwohl ist der Anwendungsbereich bei der Behandlung von treupflichtsbedingten Stimmbindungen, mit Blick auf die denkbaren Verfahrenskonstellationen und insbesondere durch die positive Beschlussfeststellungsklage, begrenzt. Ist eine formale Beschlussfeststellung entbehrlich, ist die Feststellungsklage statthaft. Sofern diese dagegen vorgesehen ist, kann der Versammlungsleiter – nach der hier vertretenen, vorherrschenden Auffassung –<sup>862</sup> den Beschluss feststellen.

Denkbar bleiben dagegen Fälle, in denen eine positive Beschlussfeststellungsklage (noch) nicht erhoben wurde, etwa um den Gesellschafter erneut aufzufordern sich den Übrigen anzuschließen.<sup>863</sup> Nach Verstreichen der Anfechtungsfrist zur Beseitigung des festgestellten Beschlusses, kann ein (fortdauernder) Leistungsanspruch auf Stimmrechtsabgabe allenfalls im Wege der Leistungsklage verfolgt werden.

Einen weiteren Anwendungsbereich betrifft die Phase der Willensbildung vor der Abstimmung. Zum einen, sofern zur Vermeidung einer Entscheidung im Alleingang durch den Versammlungsleiter eine erneute Abstimmung angestrebt wird. Hier müsste der Dissident im Wege der Leistungsklage auf Abgabe einer rechtmäßigen Stimme verklagt werden. Zum anderen sind Fälle im Bereich der Stimmbildungsblockade im Vorfeld der eigentlichen Abstimmung denkbar. Ein solcher Fall wäre anzunehmen, sofern entgegen der diesseits vertretenen Auffassung die Leistungsklage gegen den Obstruenten einer Beschlussfassung gefordert würde.<sup>864</sup> Erlaubt man dagegen die Lösung der Blockade durch Fortführung der Versammlung kann sich ein Bedürfnis gleichermaßen ergeben, insbesondere, wenn der Versammlungsleiter die Blockade nicht im Alleingang lösen will. So liegt es etwa, wenn die Treuwidrigkeit der Blockade mangels Anhaltspunkten im Vorfeld nicht hinreichend erkennbar ist.

Wird der obstruierende Dissident auf Abgabe der Stimme im Wege der Leistungsklage verklagt, kommt es unter den Voraussetzungen des § 894 ZPO zur

---

<sup>861</sup> Mit „Ja“ oder „Nein“ zu stimmen, bzw. einer konkreten Bezeichnung des entsprechenden Votums, nicht dagegen die Treupflicht als solche.

<sup>862</sup> Siehe vorstehend unter „Teil 3 B.II.2.a.bb.“ mit Nachweisen in Fußn. 761.

<sup>863</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Leistungsklage neben der Anfechtungsklage denkbar, siehe vorstehend unter „Teil 3 B.II.2.b.aa.“.

<sup>864</sup> Siehe die Herleitung vorstehend unter „Teil 3 B.II.2.c.aa.(b)“. So aber bei Ulmer/Hüffer/Schürnbrand, GmbHG, § 47, Rn. 205.



Fiktion der Stimmrechtsabgabe, sofern die Verpflichtung, antragsgemäß zuzustimmen, aus der Treupflicht folgt. Daher kommt es in dieser Fallgruppe letztlich zu einer doppelten Fiktion, einerseits hinsichtlich der Stimmabgabe des Obstruents als auch deren Treukonformität.

#### *cc. Zwischenergebnis und Folgen*

In einer Vielzahl der Verfahrenskonstellationen besteht für die Gesellschafter oder Gesellschaft keine Notwendigkeit, die Zwangsvollstreckung gegen den Dissidenten zur Durchsetzung von Stimmbindungen aus der Treupflicht zu betreiben. Das Nichtigkeitsdogma ermöglicht es, treuwidrige Einzelstimmen außer Acht zu lassen und den Beschluss zu fassen. Kommt dagegen durch die Zählung einer treuwidrigen Stimme ein negativer Beschluss zustande, so kann im Wege der Feststellungsklage oder – bei formaler Beschlussfeststellung – durch positive Beschlussfeststellungsklage der begehrte, rechtmäßige Beschlussinhalt festgestellt werden. Die vorherige Erhebung einer Leistungsklage auf Stimmabgabe gegen den Dissident ist nicht erforderlich.

Die Schwächung seiner Verfahrensstellung ist dabei die unmittelbare Folge des materiell-rechtlichen Nichtigkeitsdogmas, die sich nunmehr in der beschleunigten und vereinfachten Beschlussfassung durch die Gesellschafter manifestiert. Dies unterstreicht zum einen die gesteigerte Wichtigkeit einer sorgfältigen Prüfung der tatbestandlichen Treupflichtsverletzung. Zum anderen sollte versucht werden bei der Beurteilung der Zulässigkeit einstweiligen Rechtsschutzes einen Ausgleich der Interessen zu schaffen. Der geschwächten Position des Dissidenten muss ein effektives Mittel zur Verfügung stehen, um Rechtsschutz zu erlangen. Dieses fungiert als Korrektiv zur beschleunigten Möglichkeit der Beschlussfassung.

#### **d. Einstweiliger Rechtsschutz**

Im Zusammenhang mit (möglicherweise) rechtswidrigen Beschlüssen wird häufig das Bedürfnis bestehen, einstweiligen Rechtsschutz zu erlangen. Dies gilt gleichermaßen für den Dissident als auch die übrigen Gesellschafter, wobei die Rolle des Antragsstellers grundsätzlich derjenigen Partei zukommt, die eine Verwirklichung ihres Anspruchs fürchtet. Die Zulässigkeit derartigen einstweiligen Rechtsschutzes ist jedoch differenziert zu betrachten und wird im Einzelnen kontrovers beurteilt.

Die Diskussion in Rechtsprechung und Schrifttum zum einstweiligen Rechtsschutz im Bereich treuwidriger Beschlussfassung und -ausführung scheint dabei

auszuklammern, dass in Folge des Nichtigkeitsdogmas die Möglichkeit einer Ad-hoc Klärung der Rechtmäßigkeit von Einzelstimmen geschaffen wurde, ohne dass ein Hauptsacheverfahren betrieben wird<sup>865</sup>. Entsprechend den vertauschten Rollen im Verfahren, hat nun der (angeblich treuwidrig handelnde) Dissident ein gesteigertes Bedürfnis an einem schnellen Einschreiten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, um wiederum die Rechtmäßigkeit der Ablehnung seiner Stimme klären zu lassen und die Schaffung von Tatsachen zu vermeiden.

#### *aa. Zulässigkeit*

Grundsätzlich kann zur Sicherung eines materiell-rechtlichen Anspruchs, der nicht auf eine Geldleistung gerichtet ist, eine einstweilige Verfügung als Sicherungsverfügung gemäß § 935 ZPO oder als Regelungsverfügung nach § 940 ZPO ergehen. Das Bedürfnis nach einer einstweiligen Regelung hinsichtlich eines Rechtsverhältnisses eines Außenstehenden mit der GmbH oder im Innenverhältnis besteht in einer Vielzahl von allgemein zivilrechtlichen und gesellschaftsrechtlichen Anspruchskonstellationen. Die Frage, inwieweit einstweiliger Rechtsschutz bei der Verfolgung von GmbH-rechtsspezifischen Anträgen und Verfahren zulässig ist, richtet sich maßgeblich nach den allgemeinen Voraussetzungen<sup>866</sup>. Somit sind die einzelnen Fallgruppen grundsätzlich separat auf die Anwendbarkeit einstweiligen Rechtsschutzes hin zu untersuchen. Oftmals richtet sich die Zulässigkeit dabei nach den konkreten Auswirkungen einer Maßnahme, weshalb eine pauschale Beantwortung ausscheidet.<sup>867</sup>

Problematisch ist die Beurteilung insbesondere im Bereich der Beschlussfassung durch die Gesellschafterversammlung, da dort weitreichende Eingriffe in die Willensbildung drohen. Komplex wird die Bewertung hinsichtlich treuwidrigem Stimmverhalten, welches seinerseits grundsätzlich eine umfassende materiell-rechtliche Prüfung erfordert. Eine derartige Prüfung droht im summarischen Verfahren keinen Platz zu finden.

---

<sup>865</sup> Dazu eingehend vorstehend unter „Teil 3 B.II.2.b.aa.“.

<sup>866</sup> Zu den allgemeinen Voraussetzungen siehe vorstehend unter „Teil 2 A.III.“.

<sup>867</sup> Eine Ausnahme stellt gewissermaßen die Verteilung des Vermögens nach den §§ 72 GmbHG dar, wo die einstweilige Verfügung der Gläubiger gegen die Liquidatoren bei der Verteilung des Vermögens nach §§ 72, 73 GmbHG, sowie gegen die Gesellschafter im Wege des dinglichen Arrestes (§ 917 ZPO) bei Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen keinen Bedenken unterliegt, vgl. bei Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, § 74, Rn. 10.

(1) Grundsatz: Eingeschränkte Anwendbarkeit im GmbH-Recht

Ungeachtet der Besonderheiten der nachstehend aufgeführten einzelnen Maßnahmen ist grundsätzlich danach zu differenzieren, ob eine (erforderliche) Beschlussfassung schon stattgefunden hat oder ob die einstweilige Verfügung im Vorfeld der Beschlussfassung diese zum Gegenstand hat.<sup>868</sup>

Nicht zulässig sind strukturändernde<sup>869</sup> Verfügungen, die auf die gerichtliche *Auflösung* der Gesellschaft im Sinne des § 61 GmbHG gerichtet sind, da diesen eine rechtsgestaltende Wirkung und zwingend die Vorwegnahme der Hauptsache zukommt.<sup>870</sup> Ebenso kann einer *Nichtigkeitsklage* im Sinne des § 75 GmbHG nicht durch eine Nichtigkeitserklärung im Wege einer einstweiligen Verfügung vorgegriffen werden.<sup>871</sup> Demgegenüber werden Maßnahmen zur Sicherung des Auflösungsanspruchs während des Auflösungsprozesses oder der ordnungsgemäßen Abwicklung nach erfolgter Nichtigkeitsklärung nicht beanstandet.<sup>872</sup> Eine gewissermaßen gesondert gelagerte Konstellation stellen Fälle des Auskunftserzwingungsverfahrens im Sinne des § 51b GmbHG dar, welches aufgrund der Verweisungskette der §§ 132 Abs. 3 S. 1, 99 Abs. 1 AktG unter die speziellen Vorschriften des FamFG fällt und nach überzeugender Auffassung einen einstweiligen Rechtsschutz nach den §§ 935, 940 ZPO ausschließt.<sup>873</sup>

---

<sup>868</sup> Vor der Beschlussfassung als Willensbildungsprozess der Gesellschafter kommt eine einstweilige Verfügung, gerichtet auf die positive oder negative Stimmrechtsausübung bei der Abstimmung über eine der nachfolgenden speziellen Maßnahmen – wenn überhaupt – nur unter den sogleich unter „Teil 3 B.II.2.d.aa.(2)(a)“ darzustellenden Voraussetzungen in Betracht.

<sup>869</sup> *Littbarski*, Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht, S. 3 ff., 139 ff.

<sup>870</sup> Allg. Auffassung, siehe *Michalski/Nerlich*, GmbHG, § 61, Rn. 49 f.; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 61, Rn. 6; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 61, Rn. 14; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Rasner*, GmbHG, § 61, Rn. 15; *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, GmbHG, § 61, Rn. 26; eingehend bei *Littbarski*, Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht, S. 4 ff., 139 ff.

<sup>871</sup> Allg. Meinung *MüKo/GmbHG/Hillmann*, § 75, Rn. 32; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 75, Rn. 22; *Michalski/Lieder*, GmbHG, § 75, Rn. 47; *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, § 75, Rn. 33.

<sup>872</sup> Siehe dazu die vorstehenden Nachweise in Fußn. 871.

<sup>873</sup> Vgl. grundlegend *Stangier/Bork*, GmbHR 1982, 169, 174; *MüKo/GmbHG/Hillmann*, § 51b, Rn. 30; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 51b, Rn. 32; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 51b, Rn. 10; *Roth/Altmeppen/Roth*, GmbHG, § 51b, Rn. 7; befürwortend: *Emde*, ZIP 2001, 820, 822 ff.; *Michalski/Römermann*, GmbHG, § 51b, Rn. 49 f.

Hinsichtlich der *Abberufung eines Geschäftsführers* gemäß § 38 GmbHG sind dagegen einstweilige Verfügungen grundsätzlich zulässig, sofern nicht ausnahmsweise ein besonderes Maß an Rücksichtnahme zu fordern ist.<sup>874</sup> Die Sicherung der Rechte durch das einstweilige Verbot der Durchführung von Maßnahmen der Geschäftsführung ist freilich auch hier denkbar,<sup>875</sup> und kann die Situation entschärfen. Ebenfalls kommt eine einstweilige Verfügung zur Durchbrechung einer Blockade eines gefassten, aber eintragungsbedürftigen Beschlusses überall dort in Betracht, wo nicht die spezialgesetzlichen Vorschriften des sogenannten Freigabeverfahrens Anwendung finden.<sup>876</sup>

(2) *Meinungsstand zum einstweiligen Rechtsschutz bei (treuwidriger) Stimmrechtsausübung*

(a) *Anwendungsbereich*

Im Bereich treuwidriger Stimmrechtsausübung ist einstweiliger Rechtsschutz in unterschiedlichen Konstellationen denkbar. Dem Antragsteller kann es zunächst daran gelegen sein, sich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes schon im Vorfeld gegen die *Beschlussfassung* als solche zu wenden.<sup>877</sup> Davon zu unterscheiden

---

<sup>874</sup> So bei der wechselseitigen Abberufung der Gesellschafts-Geschäftsführer in der Zweimann-Gesellschaft, OLG Stuttgart, GmbHR 2006, 1258, 1260. Der einstweilige Rechtsschutz sollte grundsätzlich der besonderen Patt-Situation Rechnung tragen und eine Lösung im beiderseitigen Interesse ermöglichen, OLG Naumburg, GmbHR 1996, 934; OLG Düsseldorf, NJW 1989, 172; Michalski/*Nerlich*, GmbHG, § 38, Rn. 76, 77; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 38, Rn. 76. Der Gesellschafter-Geschäftsführer – mangels Verfügungsanspruch nicht auch der Fremdgeschäftsführer – kann sich seinerseits im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes zur Wehr setzen, vgl. nur BGHZ 86, 177, 183; OLG Hamm, NZG 2002, 50.

<sup>875</sup> Allg. Meinung siehe nur BGHZ 86, 177, 183 m.w.N.; Ulmer//*Paefgen*, GmbHG, § 38, Rn. 243 m.w.N.

<sup>876</sup> Bei Beschlüssen nach dem UmwG gemäß § 16 Abs. 3 UmwG, sowie Kapitalerhöhungen und –herabsetzungen, § 246a AktG, vgl. auch zu den Einzelheiten bei Baumbach/*Hueck/Zöllner*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 205.

<sup>877</sup> Die gängige Differenzierung zwischen dem Verbot einer (bestimmten) Stimmrechtsausübung und dem spiegelbildlichen Gebot darf nicht zum Selbstzweck verkommen. Unterschiede können sich bei der Prüfung der Zulässigkeit der Verfügung vor dem Hintergrund der Vereinbarkeit mit dem Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache ergeben, dazu sogleich „Teil 3 B.II.2.d.aa.(2)(b)“. Zuletzt ergäbe sich ein Unterschied, sofern man entgegen der diesseits sogleich vertretenen Auffassung, „Teil 3 B.II.2.d.aa.(3)“ die einstweilige Verfügung auf Abgabe einer Willenserklärung im Sinnes eines Gebotes ablehnen möchte, hinsichtlich der Vollziehung der einstweiligen Verfügung nach § 890 bzw. 894 ZPO. Die

sind einerseits der einstweilige Rechtsschutz auf Durchführung einer Beschlussfassung, sowie andererseits die vorläufige Regelung des erst mit dem Beschluss zu schaffenden Zustands, welcher freilich das Rechtsschutzbegehren des Antrags auf rechtmäßige Beschlussfassung flankieren kann. Nach der Beschlussfassung wird es dem Antragsteller regelmäßig um die Verhinderung der *Durchführung* des gefassten Beschlusses gehen. Die Rolle des Antragstellers entspricht dabei der klagenden Partei im Hauptsacheverfahren,<sup>878</sup> welches mit seinem Klagegegenstand auch die begehrte – blockierende oder konstruktive – Stoßrichtung vorgibt. Aus dem Nichtigkeitsdogma folgt eine Schmälerung des Anwendungsbereichs einstweiligen Rechtsschutzes aus Sicht der Gesellschaft oder Gesellschafter gegen einen Dissidenten. Die Durchsetzung einer Zustimmungspflicht aus der Treupflicht kann schon durch schlichte Nichtbeachtung der fehlenden Zustimmung erreicht werden (da auch eine Enthaltung eine treuwidrige Ablehnung darstellt). Ebenso kann nach diesseits vertretener Auffassung der Boykott satzungsmäßiger Beschlussquoren schlicht außer Acht gelassen werden.<sup>879</sup>

An den Verfügungsgrund sind mitunter noch weitergehende Anforderungen zu stellen, als an die Stimmbindung als solche. Es kommt gewisser Weise zu einer Verschiebung des Anwendungsbereichs, dadurch dass nunmehr der Dissident ein gesteigertes Bedürfnis hat, einstweilig Rechtsschutz zu erlangen. Sofern sich im Vorfeld der Beschlussfassung der Konflikt hinreichend konkret anbahnt, würde sich der Antrag seinerseits gegen die Beschlussfassung als solche, ansonsten gegen die Beschlussfeststellung oder Stimmzählung richten<sup>880</sup>. Praktisch relevanter dürfte indes die Verhinderung der Beschlussausführung nach abgelehnter Stimme sein.<sup>881</sup> Einschränkend ist festzustellen, dass dies wiederum nur denkbar ist, solange noch keine gerichtliche Entscheidung vorliegt, in der (inzident) über die Rechtmäßigkeit der Einzelstimme entschieden wurde. Denn in diesen Fällen kann der Antragsteller seine Bedenken nicht auf die drohende Rechtswidrigkeit des Beschlusses stützen.

---

Differenzierung allgemein ablehnend auch *Klosterkemper*, Einflussmöglichkeiten Außenstehender auf den innerkorporativen Bereich der GmbH, S. 104, indes ohne dies weiter auszuführen.

<sup>878</sup> Siehe zu den Verfahrensgestaltungen im Erkenntnisverfahren „Teil 3 B.II.2.b.aa.“.

<sup>879</sup> „Teil 3 B.II.2.b.bb.“.

<sup>880</sup> Je nachdem, ob eine formale Beschlussfeststellung stattfindet, siehe „Teil 3 B.II.2.b.aa.“.

<sup>881</sup> Der Dissident kann eine Verfügung gegen die Gesellschafter beantragen eine Beschlussfassung zu unterlassen, sowie gegen die Gesellschaft, einen gefassten Beschluss nicht auszuführen, vgl. OLG Köln, GmbHR 1977, 6.

(b) *Würdigung der vorherrschenden Auffassung und Streitentscheid*

Abgesehen vom Bereich stimmvertragswidrigen Abstimmungsverhaltens<sup>882</sup> ist die Zulässigkeit von Verfügungen nach §§ 935, 940 ZPO hinsichtlich der Beschlussfassung und Stimmrechtsausübung problematisch. Mit Verweis auf die drohende Vorwegnahme der Hauptsache und den schwerwiegenden Eingriff in den Willensbildungsprozess der Gesellschaft wurde ein Verbot der Beschlussfassung in der früheren Rechtsprechung<sup>883</sup> und der schwerpunktmäßig älteren Literatur<sup>884</sup> abgelehnt. Ausgehend vom Urteil des OLG Koblenz<sup>885</sup> wandte sich die Rechtsprechung von einer strikten Unzulässigkeit ab, hin zu einer Zulässigkeit dem Grunde nach<sup>886</sup>. Rechtliche Nachteile drohten oftmals ohnehin erst durch die Ausführung des Beschlusses, welche gesondert im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verhindert werden könne.<sup>887</sup> Im Übrigen seien die Argumente der Gegenauffassung bei der Prüfung eines (gesteigerten) Verfügungsanspruchs und -grundes durch Abwägung der Interessen zu berücksichtigen. Dies entspricht einer zunehmend wachsenden Anzahl von Stimmen im Schrifttum.<sup>888</sup>

---

<sup>882</sup> Allg. Auffassung vgl. zur vertraglichen Stimmbindung: OLG Koblenz, GmbHR 1986, 428; GmbHR 1991, 21; zur unzulässigen Stimmabgabe OLG Düsseldorf, NZG 2005, 633; MüKo/GmbHG/*Wertenbruch*, § 47 Anh., Rn. 269; Scholz/*K. Schmidt*, GmbHG, § 45, Rn. 183; im Ergebnis zustimmend Michalski/*Römermann*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 606.

<sup>883</sup> OLG Nürnberg, BB 1971, 1478; OLG Celle, GmbHR 1981, 264, 265 f.; OLG Frankfurt, GmbHR 1982, 237; OLG Stuttgart, NJW 1987, 2449; vgl. OLG Koblenz, NJW 1991, 1119; vgl. OLG Hamm, GmbHR 1993, 163; ablehnend hinsichtlich der Einflussnahme auf die Beschlussfassung als solcher, OLG München, NZG 2007, 152.

<sup>884</sup> *Semler*, BB 1979, 1533, 1536; *Zöllner*, ZHR 1991, 168, 188 f.; *Hueck* in: FS Nipperdey, S. 401, 407; aktueller MüKo/GmbHG/*Wertenbruch*, Anh. § 47, Rn. 267; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 202; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner*, GmbHG, § 47, Rn. 36.

<sup>885</sup> OLG Koblenz, GmbHR 1986, 428.

<sup>886</sup> OLG Koblenz, GmbHR 1991, 21; OLG Hamburg, GmbHR 1991, 467; OLG Frankfurt, GmbHR 1993, 151; OLG Zweibrücken, GmbHR 1998, 373; OLG Stuttgart, GmbHR 1997, 312; OLG München, GmbHR 1999, 718; OLG Hamm, GmbHR 1999, 163; OLG Düsseldorf, NZG 2005, 633; mit Ausnahme der Beschlussfassung als solcher, OLG München, NZG 2007, 152.

<sup>887</sup> Vgl. MüKo/GmbHG/*Wertenbruch*, Anh. § 47, Rn. 267.

<sup>888</sup> Wohl zunächst *Heinze*, ZGR 1979, 293, 331; *Damm*, ZHR 1990, 413, 433 ff; *Zutt*, ZHR 1991, 190, 199 ff.; *Michalski*, GmbHR 1991, 12, 12 f.; *Hartmann*, Einstweiliger Rechtsschutz gegen Organbeschlüsse, S. 60; *Piehler*, DStR 1992, 1654, 1660; *Kiethe*, DStR 1993, 609, 612; *Oppenländer*, DStR 1996, 922, 926; *Lutz*, BB 2000, 839, 839 f.; *Beyer*, GmbHR 2001, 467, *Nietsch*, GmbHR 2006, 393, 393 f.; *Nonn*, Zustimmungspflichten des Kapitalgesellschafters, S. 142 ff.; *Littbarski*, Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht, S. 124 ff.; *Klosterkemper*, Einflussmöglichkeiten Außenstehender auf den innerkorporativen Bereich der GmbH, S. 103 ff.; *Michalski/Römermann*, GmbHG, Anh.

In der Tat finden sich für einen generellen prozessualen Ausschluss des einstweiligen Rechtsschutzes keine zwingenden Gründe. Insbesondere ist es dogmatisch unsauber, die prozessuale Zulässigkeit allein mit dem – zutreffenden – Hinweis auf die mitunter schwierige materiell-rechtliche Prüfung des Verfügungsanspruchs zu verneinen.<sup>889</sup> Ein grundsätzlicher Ausschluss ergibt sich auch nicht aus dem vorgebrachten Argument, eine einstweilige Verfügung stelle einen unzulässigen Eingriff in die Willensbildung der Gesellschafter dar. Die Prüfung des Verfügungsanspruchs im Sinne der §§ 935, 940 ZPO ist dem Grunde nach eine materiell-rechtliche Frage.<sup>890</sup> Kraft Mitgliedschaft besteht ein Recht zur freien, treukonformen und somit rechtmäßigen Willensbetätigung.<sup>891</sup> Spiegelbildlich kann der Gesellschafter in Fällen der Stimmbindung dazu verpflichtet sein. Als Verfügungsanspruch kommt daher nicht nur die bloße Unterlassung,<sup>892</sup> sondern grundsätzlich auch die Stimpflicht durch Stimmbindung aus der Treupflicht in Betracht. Die Grenze der unzulässigen Willensbildung markiert grundsätzlich auch den korrespondierenden Bereich zulässiger Eingriffe durch eine gerichtliche Entscheidung. Sofern einem dissentierenden Gesellschafter die Zählung der Stimme versagt wurde, richtet sich dessen Anspruch auf die Berücksichtigung einer rechtmäßig abgegebenen Stimme.<sup>893</sup> Eine derartige Verknüpfung der Grenze zulässigen Außeneinflusses und des Verfügungsanspruchs darf indes nicht die Besonderheit missachten, dass gerade die Prüfung des materiell-rechtlichen Anspruchs im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nur summarisch erfolgt. Der Antragsteller hat den Verfügungsanspruch stets schlüssig darzulegen,<sup>894</sup> und die zugrundeliegenden Umstände glaubhaft zu machen, wobei das Maß an

---

§ 47, Rn. 606; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 45, Rn. 183; Ulmer/Raiser, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 287; Lutter/Hommelhoff/Bayer, Anh. § 47; Rn. 40.

<sup>889</sup> Vgl. OLG Hamburg, GmbHR 1991, 467, 467 ff.

<sup>890</sup> Zum Außeneinfluss auf den Verfügungsanspruch, *Kiethe*, DStR 1993, 609, 611; folgend auch *Klosterkemper*, Einflussmöglichkeiten Außenstehender auf den innerkorporativen Bereich der GmbH, S. 103.

<sup>891</sup> Siehe „Teil 3 B.II.1.“.

<sup>892</sup> So aber in den viel diskutierten Fällen der Stimmvertragsbindung, vgl. dazu bei *Littbarski*, Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht, S. 75.

<sup>893</sup> Je nach Fallkonstellation entweder durch eine bestimmte Stimmrechtsrechtsausübung der übrigen Gesellschafter im Vorfeld der Beschlussfassung, die Zählung einer abgegebenen Stimme, die Verhinderung der Ausführung eines gleichwohl gefassten Beschlusses oder die erneute (abändernde) Beschlussfassung.

<sup>894</sup> Vgl. OLG Frankfurt, GRUR-RR 2003, 263; OLG Hamburg, GRUR-RR 2002, 244; ablehnend OLG Brandenburg MDR 2009, 581.

Glaubhaftmachung der Komplexität des Einzelfalls gerecht werden muss<sup>895</sup>. Dies ist jedoch im Bereich der möglichen Treupflichtsverletzung durch das Stimmverhalten und die Annahme einer Stimmbindung schwierig zu beurteilen. Insbesondere kann es letztlich auch der Berücksichtigung der (subjektiven) Darstellung des Dissidenten bedürfen.<sup>896</sup> Daher wird sich die Richtigkeit oftmals erst im Hauptsacheverfahren feststellen lassen. Diese erhöhte Wahrscheinlichkeit einer unrichtigen Entscheidung steigert die Gefahr eines unzulässigen Eingriffs in die Willensbildung gegenüber dem Hauptsacheverfahren.<sup>897</sup> Die Komplexität der materiell-rechtlichen Prüfung des Tatbestands der Stimmbindung steht dabei im Spannungsfeld mit der eingeschränkten, summarischen Prüfung. Daher muss die Entscheidung einerseits stets die Möglichkeit der späteren Aufhebung bereitstellen, und zwar in rechtlicher als auch in faktischer Hinsicht. Dies entspricht dem – sogleich weiter zu behandelnden – einstweiligen Charakter der Verfügung mit Blick auf die endgültige Entscheidung im Hauptsacheverfahren.<sup>898</sup> Andererseits muss die Rechtslage hinsichtlich der Prüfung des Verfügungsanspruchs ausreichend eindeutig sein,<sup>899</sup> um die Wahrscheinlichkeit einer späteren abweichenden Entscheidung im Hauptverfahren gering zu halten. Es ist daher anerkannt, dass sowohl der Verfügungsanspruch als auch der Verfügungsgrund nur bei hinreichenden Anhaltspunkten bejaht werden können.<sup>900</sup> Dabei gilt es den gebotenen Ausnahmecharakter der einstweiligen Verfügung zu berücksichtigen<sup>901</sup>. Nach alledem ist der Eingriff in die Willensbildung daher materiell-rechtliche Konsequenz der Annahme treupflichtiger Stimmbindungen. Die erhöhte Gefahr der Unzulässigkeit eines derartigen Eingriffs besteht indes und ausschließlich aufgrund der verkürzten Prüfung im konkreten Fall einer einstweiligen Verfügung. Die zugrundeliegende Wahrscheinlichkeit einer Fehlentscheidung gegenüber dem Hauptsacheverfahren ist daher durch die Beschränkung auf

---

<sup>895</sup> Dabei kann es unter Berücksichtigung der noch anzustellenden Interessenabwägung bis an die Grenze des vollen Beweises anschwellen, MüKo/ZPO/Drescher, § 935, Rn. 14.

<sup>896</sup> Siehe „Teil 3 B.II.1.c.“.

<sup>897</sup> Die geringere Richtigkeitsgewähr betonend *Zöllner*, ZHR 1991, 168, 188 f.; dagegen, *Michalski*, GmbHR 1991, 12, 13; *Klosterkemper*, Einflussmöglichkeiten Außenstehender auf den innerkorporativen Bereich der GmbH, S. 103 ff.

<sup>898</sup> Grundlegend schon „Teil 2 A.III.1.“.

<sup>899</sup> *Michalski/Römermann*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 606.

<sup>900</sup> So im wegweisenden Fall des OLG Hamburg, GmbHR 1991, 467, wonach die in den früheren Gesellschafterversammlungen vorgetragene Gründe des Beklagten keine abweichende Bewertung rechtfertigten.

<sup>901</sup> Allg. Auffassung, siehe nur OLG Hamburg, GmbHR 1991, 467, 467 ff. m.w.N.



eindeutige Fälle gering zu halten. Das Minus bei der Sachverhaltsaufklärung kann durch den gebotenen Ausnahmecharakter, insbesondere begrenzt auf eindeutige Fälle, kompensiert werden. Überdies ist das allgemeine Risiko einer abweichenden Entscheidung in der Hauptsache dem einstweiligen Rechtsschutz immanent und gemäß wird § 945 ZPO dem Antragsteller auferlegt.

Problematisch ist, dass einer Verfügung, bei der anstehenden Beschlussfassung in einer bestimmten Weise abzustimmen, bisweilen eine endgültige Wirkung zukommen kann. Eine derartige Vorwegnahme der Hauptsache läuft jedoch dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, die spätere Befriedigung des Gläubigers zu sichern, grundsätzlich zuwider. Diese Maßgabe gilt allerdings nicht uneingeschränkt und wurde sowohl vom Gesetzgeber als auch der Rechtspraxis perfo-riert.<sup>902</sup> Droht in einem konkreten Einzelfall eine irreversible Schädigung des Gläubigers durch den Verweis auf die Hauptsache, durch die zwischenzeitliche Beschlussfassung, ist die Vorwegnahme der Hauptsache also kein zwingender Ausschlussgrund<sup>903</sup>. Zu demselben Ergebnis kommt man, sofern man hinsichtlich des einstweiligen Charakters darauf abstellt, dass die Verfügung nur den Zeitraum *bis* zur Beschlussfassung regelt. Das Gericht der Hauptsache entscheidet im folgenden Hauptverfahren, jedenfalls in Anfechtungsfällen, über die Rechtmäßigkeit des Beschlusses.<sup>904</sup> Nichtsdestotrotz darf eine solche – formale – Betrachtung nicht außer Acht lassen, dass sich die Verfügung faktisch endgültig auswirken kann, namentlich wenn die einstweilige Einflussnahme auf eben jenen Beschluss auf Seiten des Antragsgegners oder anderer Gesellschafter nachteilige (wirtschaftliche) Konsequenzen hat. Es können irreparable Schäden eintreten, die gerade nicht durch die allgemeine Risikoverteilung des § 945 ZPO abgedeckt werden. Beschließt die einstweilige Verfügung die Stimmrechtsausübung dergestalt, wie sie mit dem Hauptsacheverfahren verfolgt wird, liegt daher eine Befriedigungsverfügung vor.<sup>905</sup>

---

<sup>902</sup> Grundlegend schon „Teil 2 A.III.1.“.

<sup>903</sup> Nahezu denunzierend sieht *Piehler*, DStR 1992, 1654, 1660, im Vorwegnahmeverbot lediglich einen „Topos, mit dem schlagwortartig charakterisiert werden soll, daß sich Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes infolge Zeitablaufs in derartigen Fällen nicht selten als endgültige Entscheidung erweisen, deshalb besonders schwerwiegend in die Rechtssphäre des Antragsgegners eingreifen können und besonders eingehender Abwägung der Interessen von Antragsteller und Antragsgegner sowie besonders sorgfältiger Prüfung des Verfügungsanspruchs bedürfen“.

<sup>904</sup> *Ulmer/Raiser*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 286.

<sup>905</sup> Allg. Auffassung siehe nur *MüKo/ZPO/Drescher*, § 938, Rn. 43 m.w.N.

Insgesamt ist den Umständen des Einzelfalls hinsichtlich sämtlicher vorstehender Punkte im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung Rechnung zu tragen.<sup>906</sup> Dabei sind schwerpunktmäßig auch die drohenden Nachteile für den Antragsteller durch den Beschluss mit den gegenläufigen Folgen einer einstweiligen Verfügung abzuwiegen. Der Antragsteller muss dabei sein überwiegendes Interesse glaubhaft machen. Die umfassende Prüfung der Interessenabwägung ermöglicht insbesondere auch eine flexible Handhabe für die unterschiedlich weitreichenden Eingriffe in die Willensbildung, das Maß der Vorwegnahme der Hauptsache und die Berücksichtigung der widerstreitenden Ansprüche auf rechtliches Gehör (Art. 19 Abs. 4 GG). Flankierender Schutz des Antragsgegners bietet dabei das Gebot des geringstmöglichen Eingriffs, weshalb ein Verbot der bloßen Beschlussausführung regelmäßig Vorrang hat<sup>907</sup>. Bei der Beurteilung des Verfügungsgrundes ist überdies zu berücksichtigen, dass der Dissident nunmehr die Beschlussfassung oder -ausführung blockieren kann und damit die mit dem Nichtigkeitsdogma verfolgte Prämisse, eine erhöhte Handlungsfähigkeit der Gesellschaft,<sup>908</sup> torpediert wird. Die maßgebliche umgekehrte Rollenverteilung von Aktion und Reaktion zwischen dem Dissident und den übrigen Gesellschaftern bleibt gewahrt. Der Antragsteller muss im Rahmen des Verfügungsanspruchs und -grundes die Umstände wenigstens glaubhaft machen, die ein treupflichtkonformes Verhalten begründen und folglich die Ablehnung der Stimme rechtswidrig werden lassen.

*(c) Lösungsansatz: Antragsbezogene Interessenabwägung*

Bei der Beurteilung von einstweiligen Verfügungen betreffend die Ausführung eines Beschlusses, indiziert nach der überwiegenden Auffassung die glaubhaft gemachte Nichtigkeit des Beschlusses das höherrangige Aussetzungsinteresse.<sup>909</sup>

---

<sup>906</sup> Ausführlich OLG Hamburg, GmbHR 1991, 467, 467 ff.; dagegen fasst Ulmer/Raiser, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 288, die Verletzung der Treupflicht mit unter den Verfügungsgrund.

<sup>907</sup> Allg. Auffassung vgl. OLG Frankfurt, GmbHR 1982, 237; vgl. OLG Celle, GmbHR 1981, 264, 265; OLG Stuttgart, NJW 1987, 2449; vgl. OLG Koblenz, NJW 1991, 1119, 1119 f.; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, Anh. zu § 47, Rn. 91; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 45, Rn. 183 m.w.N.

<sup>908</sup> Eingehend „Teil 3 B.II.2.a.aa., bb.“.

<sup>909</sup> Vgl. Ulmer/Raiser, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 291; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 93i; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, GmbHG, § 47, Rn. 122; ablehnend Michalski/Römermann, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 615 mit Verweis auf die kasatorische Wirkung einer Anfechtungsklage.

Dagegen suggeriere die bloße Anfechtbarkeit die Durchführung. Obgleich bei eintragungspflichtigen Beschlüssen die konstitutive Wirkung der Eintragung oftmals das vorrangige Interesse an der Aussetzung begründen kann, ist dies gleichwohl im Wege der Interessenabwägung zu ermitteln.<sup>910</sup>

Im Übrigen lässt sich hinsichtlich der Anforderungen an die höherrangigen Interessen des Antragsstellers nach dem *Antragsgegenstand* unterscheiden: Je mehr Kongruenz der Antrag und die eigentliche – hauptsächlich – streitgegenständliche Stimmrechtsausübung aufweisen, desto überragender muss das Interesse an einer sofortigen Klärung sein. Im *Vorfeld der Beschlussfassung* ist zunächst zu differenzieren: Grundsätzlich abzulehnen ist ein vorbeugender Rechtsschutz im Vorfeld der Beschlussfassung, der schon einen gesellschaftsrechtlichen Regelungsinhalt hat.<sup>911</sup> Dies betrifft indes nicht eine einstweilige Regelung, die darauf gerichtet ist die Beschlussfassung als solche zu ermöglichen. Deren Inhalt erübrigt sich naturgemäß mit der folgenden Beschlussfassung automatisch, ist mithin einstweilig im eigentlichen Sinne.<sup>912</sup> In diesen Fällen ist die Vorwegnahme der Hauptsache im Kern gleichermaßen ausgeschlossen wie ein Eingriff in die Willensbildung der Gesellschaft *in* der Beschlussfassung. Mangels evidenter Kollision mit dem Vorwegnahmeverbot des Hauptsacheanspruchs, sind solche Verfügungen zuzulassen, die lediglich Mitwirkungsakte im Sinne einer Nebenverpflichtung betreffen und nicht den Beschlussgegenstand im Hauptsacheverfahren selbst.<sup>913</sup>

---

<sup>910</sup> So aber Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 197 ff.; Ulmer/Raiser, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 290; gegen Differenzierung: Michalski/Römermann, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 617.

<sup>911</sup> Vgl. LG Berlin, WM 1994, 1246; Rechtsschutz gegen Beschlüsse sei nachträglicher Rechtsschutz, Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 45, Rn. 183 a.E.; anders jedoch, sofern ein effektiver Rechtsschutz anderweitig nicht in Betracht kommt, so bei erheblicher Gefährdung der GmbH bei dauerndem Verhalten der Geschäftsführer, Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, Anh. §47, Rn.204.

<sup>912</sup> Beispielsweise eine Übergangsregelung ausdrücklich nur bis zur Beschlussfassung über die eigentliche Maßnahme, etwa die vorläufige Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines von mehreren Geschäftsführern, vgl. zu dieser Maßnahme bei Semler, BB 1979, 1533, 1534; die Zulässigkeit von Maßnahmen mit vorläufigem Charakter führte der BGH, NJW 2011, 3025, im Zusammenhang mit der Abberufung eines Verwalters von Wohnungseigentum aus.

<sup>913</sup> Vgl. OLG Stuttgart, NJW 1973, 908; Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, S. 56, folgend Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, § 76 II 2 e) dd), S. 1233 m.w.N.; MüKo/ZPO/Drescher, Vorb zu den §§ 916 ff, Rn. 43 m.w.N.

Besonders problematisch sind demgegenüber Verfügungen mit dem Ge- oder Verbot einer (bestimmten) Stimmrechtsausübung, mit ihrer endgültigen, befriedigenden Wirkung<sup>914</sup>. In diesem Zusammenhang darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass dem einstweiligen Gebot, zuzustimmen, faktisch dieselbe – entmündigende – Wirkung wie einer rechtskräftig festgestellten und durchgesetzten Stimmbindung aus der Treupflicht zukommen kann. Evidenter Unterschied ist jedoch die verkürzte, summarische Prüfung. Trotz der weitreichenden Wirkung kann der Antragsteller gerade nicht auf die Ausführungsebene verwiesen werden, sofern ein dringend erforderlicher, positiver Beschluss nur zustande kommt, wenn die dissentierende Stimmrechtsausübung unterbleibt. Es kann jedoch das überwiegende Interesse fehlen, wenn im Vorfeld der Beschlussfassung die schlichte Nichtbeachtung der treuwidrigen, nichtigen Stimme durch den Versammlungsleiter möglich ist. Ebenso kann im umgekehrten Fall, dass eine Beteiligung eines obstruierenden Gesellschafters zur Erreichung eines Beschlussquorums grundsätzlich erforderlich ist, nach der diesseits vertretenen Auffassung<sup>915</sup> eine Blockade im Vorfeld des Beschlusses auch ohne einstweilige Verfügung aufgelöst werden. In beiden Fällen dürfte aufgrund der erheblichen Rechtsunsicherheit auch auf Seiten des Versammlungsleiters das Bestreben an einer zumindest summarischen Klärung nicht dadurch bestraft werden, dass der Verfügungsgrund schlichtweg verneint wird. Das (regelmäßig enthaltene) Verbot einer anderweitigen Stimmausübung, ist als Unterlassungsverfügung gleichermaßen endgültig.

Begehrt umgekehrt der Dissident einstweiligen Rechtsschutz gegen eine anstehende Beschlussfassung, die er für rechtswidrig hält, ist ein Verbot der Ausführung möglich und somit vorrangig. Mit dieser endgültigen, befriedigenden Wirkung müssen die allgemeinen Bedenken hinsichtlich der sogenannten Befriedigungsverfügungen auch im Rahmen der Interessenabwägung beachtet werden. Diese allgemeinen Grundsätze, insbesondere die glaubhaft zu machende erhöhte Dringlichkeit der Regelung, fungieren dann als Untergrenze der Interessenabwägung. Dasselbe gilt auch mit Blick auf die diesseits vertretene Möglichkeit, den Boykott eines Beschlussquorums zu übergehen.<sup>916</sup> Auch hier kann der obstruierende Gesellschafter ein Bedürfnis an der Unterbrechung der Beschlussausführung haben.

---

<sup>914</sup> Vgl. *Kieth*, DStR 1993, 609, 610.

<sup>915</sup> „Teil 3 B.II.2.b.bb.“.

<sup>916</sup> Siehe zur Herleitung vorstehend unter „Teil 3 B.II.2.b.bb.“.

Einstweilige Verfügungen zur Durchsetzung oder Feststellung eines gefassten Beschlusses scheiden dagegen mit Blick auf die Vorwegnahme der Hauptsache,<sup>917</sup> jedenfalls auch mangels positiver Interessenabwägung aus. Dies betrifft freilich nicht diejenigen Fälle, in denen sich der Dissident gegen einen unter Ablehnung seiner (angeblich) treuwidrigen Stimme gefassten Beschluss oder dessen Ausführung wendet. Die freilich angestrebte inzidente Feststellung der Rechtswidrigkeit des Beschlusses erübrigt gerade nicht die endgültige Klärung der Rechtswidrigkeit der Ablehnung seiner Stimme unter dem Gesichtspunkt der Treuwidrigkeit in der Hauptsache. Problematisch ist dagegen die Fallgruppe, dass der Versammlungsleiter zur Vermeidung von einseitigen Entscheidungen oder bei allseits bestehender Rechtsunsicherheit die Beschlussfeststellung unterbricht, um eine gerichtliche Klärung der Rechtmäßigkeit von möglicherweise treuwidrigen Einzelstimmen zu erreichen.<sup>918</sup> Aufgrund des lediglich feststellenden Charakters läge hier ein Verstoß gegen das Vorwegnahmeverbot der Hauptsache vor. Somit bleibt es nur die Hauptsacheentscheidung abzuwarten. Dies kann jedoch dann nicht befriedigen, wenn sich sämtliche Beteiligten einig sind, dass eine einstweilige Klärung erreicht werden soll. Dies könnte einen Ausgleich zwischen dem regelmäßig gebotenen Handlungsbedarf, der der Stimmbindung zugrunde liegt, und dem Bestreben nach größtmöglicher Rechtssicherheit auch im Interesse innergesellschaftlicher Streitvermeidung schaffen.

### *(3) Folgeproblem: Zum Verhältnis von einstweiliger Verfügung und Zwangsvollstreckung*

Die vollstreckungsrechtliche Behandlung einstweiligen Rechtsschutzes im Bereich der Willensbildung und Beschlussfassung wird höchst kontrovers beurteilt. Mit Blick auf die Möglichkeit einer Fiktion der treupflichtskonformen Stimmrechtsausübung wird die Gefahr einer Vorwegnahme der Hauptsache real. Zugleich begrenzt der Anwendungsbereich zulässiger Vollstreckung der einstweiligen Verfügungen letztlich die Notwendigkeit der (weiteren) Verfolgung der Rechte im Hauptsacheverfahren.

---

<sup>917</sup> Allg. Auffassung, Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 194; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Koppensteiner, GmbHG, § 47, Rn. 36; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 45, Rn. 183; siehe zur Ausnahme der Verhinderung einer Ausführungsblockade in Folge der Beschlussanfechtung wie es beispielsweise in § 16 Abs. 3 UmwG geregelt ist, Michalski/Römermann, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 610 ff.

<sup>918</sup> Vgl. „Teil 3 B.II.2.b.cc.“.

(a) *Meinungsstand zur Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung nach § 894 ZPO*

Gegenstand von jahrzehntelanger Diskussion ist die Frage, ob einstweilige Verfügungen nach § 894 ZPO vollstreckt werden können. Der Streit drehte sich dabei um die Vollstreckbarkeit einstweiliger Verfügungen als solcher, sowie die Zulässigkeit einer Fiktion zur Abgabe von Willenserklärungen nach § 894 ZPO auf der Grundlage einer einstweiligen Verfügung.

Seit der reichsgerichtlichen Entscheidung vom 16.11.1937<sup>919</sup> wurde die Vollstreckbarkeit einer einstweiligen Verfügung nach § 894 ZPO mangels formeller Rechtskraft teilweise abgelehnt.<sup>920</sup> Heutzutage besteht der Streit zumindest dahingehend fort, inwieweit einstweilige Maßnahmen zur Abgabe von Willenserklärungen zulässig sind: Dabei ist die Anwendbarkeit vielfach anerkannt.<sup>921</sup> Ebenso häufig wird nach dem Inhalt der einstweiligen Verfügung differenziert und ein Weniger gegenüber dem Gegenstand des Hauptsacheverfahrens gefordert, vornehmlich unter Verweis auf die fehlende Rechtskraft der einstweiligen Verfügung.<sup>922</sup> Dort wo die Zulässigkeit angenommen wird, besteht Einigkeit dahingehend, dass angesichts der drohenden weitreichenden Eingriffe ein einschränkender Maßstab anzulegen ist. Zum Teil wird darauf abgestellt, dass der Gegenstand der Verfügung vorläufigen Charakter haben müsse.<sup>923</sup> Andernorts

---

<sup>919</sup> RGZ 156, 164, 164 ff.

<sup>920</sup> Ohne Einschränkungen bei *Jauernig*, ZZZ 1966, 321, 341; vgl. auch *Frhr. vom Holtz*, Die Erzwingung von Willenserklärungen im einstweiligen Rechtsschutz, S. 108 ff.; nach wie vor als „grundsätzlich unzulässig“ bei *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, § 940, Rn. 46:

<sup>921</sup> OLG Frankfurt, MDR 1954, 686; OLG Stuttgart, NJW 1973, 908; OLG Dresden, OLG-NL 2004, 30, 31; aktuell VG Köln, Beschluss v. 27.5.2015, 33 M 16/14; im zu entscheidenden Fall offen lassend: LG Düsseldorf, Urteil vom 19.6.2008, 4b O 130/08; *Semler*, BB 1979, 1533, 1534; v. *Gerkan*, ZGR 1985, 167, 179; folgend *Damm*, ZHR 1990, 413, 435; *Zutt*, ZHR 1991, 190, 202 ff.; *Wohlleben*, Einstweiliger Rechtsschutz im Personengesellschaftsrecht, S. 82 ff.; siehe dazu bei *Littbarski*, Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht, S. 72 ohne Stellung zu beziehen; *Sester*, BB 1997, 1, 2; *Friedhofen*, Einstweilige Verfügungen gegen Gesellschafterbeschlüsse, S. 149 f.; *Musielak/Lackmann*, ZPO, § 894, Rn. 7.

<sup>922</sup> Vgl. OLG, Hamburg, NJW-RR 1991, 382; OLG Koblenz, VersR 2005, 392; OLG Zweibrücken, MDR 2009, 221; zulässig bei bloßen Nebenpflichten zum Gesellschaftsverhältnis *Baur*, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, S. 56; *Jauernig*, NJW 1973, 1671, 1672 ff.; *Schilken*, Die Befriedigungsverfügung, S. 153 f.; *Damm*, ZHR 1990, 413, 435; *Zutt*, ZHR 1991, 190, 202 ff.; *Baur/Stürner/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 53.28; *Stein/Jonas/Grunsky*, ZPO, vor § 935, Rn. 50; nur zulässig hinsichtlich der „Sekundäransprüche unterhalb des zu sichernden Hauptsacheanspruchs“, *MüKo/ZPO/Drescher*, § 938, Rn. 43.

<sup>923</sup> Als Abgrenzung zulässiger und unzulässiger Verfügungen vgl. schon RGZ 156, 164, 169; eingehend OLG Stuttgart, NJW 1973, 908; grundlegend auch *Baur*, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, S. 56; *Semler*, BB 1979, 1533, 1534.

wird die Einordnung einer derartigen Verfügung als Befriedigungs- oder Leistungsverfügung in den Vordergrund gestellt.<sup>924</sup> Es wird also mit umgekehrten Vorzeichen nicht die Anwendbarkeit per se, sondern nur die Zulässigkeit im Einzelfall bezweifelt. Dies bedeutet allerdings auch, dass eine unter Verstoß gegen die geforderten Einschränkungen ergangene Verfügung die Fiktionswirkung des § 894 ZPO auslösen kann.<sup>925</sup>

### (b) *Stellungnahme*

Zu einem überzeugenden Ergebnis gelangt man durch die Berücksichtigung der jeweils geltenden allgemeinen Grundsätze und tatbestandlichen Voraussetzungen von einstweiliger Verfügung und § 894 ZPO. Dieser setzt in Satz 1 einen rechtskräftigen Titel voraus, wozu nach allgemeiner Auffassung trotz des engen Wortlauts nicht nur Urteile, sondern jede rechtskräftige Entscheidung und mithin auch einstweilige Verfügungen zählen.<sup>926</sup> Zur Ermittlung der Reichweite der Rechtskraft einer einstweiligen Verfügung ist zunächst zwischen der formellen und materiellen Rechtskraft zu unterscheiden. Zwar erwächst die Entscheidung des einstweiligen Rechtsschutzes in formeller Rechtskraft, soweit keine Rechtsmittel mehr zulässig sind. Jedoch kommt dieser eine materielle Rechtskraftwirkung hinsichtlich des Hauptanspruchs grundsätzlich nicht zu, da dieser nicht Gegenstand des Verfahrens ist.<sup>927</sup> Dagegen beinhalten Verfügungen, die eine lediglich vorläufige Regelung treffen, deren Inhalt keine Kongruenz zu Hauptsache aufweist, insoweit eine endgültige Regelung. Vergleichbares gilt auch in den anerkannten Ausnahmefällen einer Befriedigungsverfügung, in denen sich der Regelungsinhalt auch auf den Hauptsacheanspruch erstreckt. Der Grundsatz des § 894 ZPO, erst mit rechtskräftiger Entscheidung im Hauptsacheverfahren seine Fiktionswirkung zu entfalten muss in Fällen der Befriedigungsverfügung hinter

---

<sup>924</sup> OLG Köln, NJW-RR 1997, 59, 60; folgend OLG Dresden, OLG-NL 2004, 30, 31; OLG Zweibrücken, MDR 2009, 221 steht der Möglichkeit scheinbar offen gegenüber.

<sup>925</sup> Vgl. Musielak/Lackmann, ZPO, § 894, Rn. 7.

<sup>926</sup> Siehe nur Musielak/Lackmann, ZPO, § 894, Rn. 7; MüKo/ZPO/Gruber, § 894, Rn. 5; Zöller/Vollkommer, ZPO, Vor § 916, Rn. 14; vgl. soweit auch Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckungsrecht, § 76 II 2 e) S. 1229, ablehnend dann jedoch die Vollstreckung nach § 894 ZPO, § 76 II 2 e) dd) S. 1233.

<sup>927</sup> LAG Berlin, DB 2000, 481; Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, S. 79; folgend Schuschke/Walker/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, § 922, Rn. 35; MüKo/ZPO/Drescher, Vorb §§ 916 ff., Rn. 28.

das besonders gesteigerte Interesse des Antragsstellers zurücktreten.<sup>928</sup> Es ist nicht ersichtlich, warum bei grundsätzlicher Akzeptanz einer Befriedigungsverfügung deren allein den Gläubiger schützende Befriedigungswirkung regelmäßig kastierte werden sollte.

In Wirklichkeit ist die Diskussion eine Verzahnung der Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung einstweiliger Verfügungen nach § 894 ZPO mit der Frage des äußeren Anwendungsbereichs einstweiliger Verfügungen in Form der Befriedigungsverfügung. Dabei wird die Zulässigkeit der Vollstreckung nach § 894 ZPO unter Verweis auf den vorläufigen Charakter der einstweiligen Verfügung verneint und zugleich die Grenze zulässiger Verfügungen im Bereich der Willensbildung dort gezogen, wo keine endgültige Vorwegnahme der Hauptsache stattfindet. Gleichzeitig wird mit der Existenz des § 894 ZPO die zwingende Vorläufigkeit der Verfügung zementiert und eine Befriedigungsverfügung auf Abgabe einer Willenserklärung abgelehnt.<sup>929</sup> Dieses Argument erscheint schon aus dem Grunde nicht zwingend, als eine einstweilige Verfügung, gerichtet auf die Unterlassung einer Beschlussfassung oder Stimmrechtsausübung, bisweilen denselben endgültigen Charakter hat und diese Wirkungen schon unmittelbar entfaltet. Über die unterschiedliche Vollstreckungsmechanik hinaus verbieten sich derart weitgehende Rückschlüsse von der Vollstreckungsnorm des § 894 ZPO auf die zulässige Reichweite befriedigender, mithin endgültiger einstweiliger Verfügungen nach den §§ 935 ff. ZPO. Letztlich wird die Frage, ob eine einstweilige Verfügung dem Grunde nach ein vollstreckungsfähiger Titel im Sinne der Norm ist, dadurch auf die Ebene des zulässigen Anwendungsbereichs einstweiliger Verfügungen verlagert.<sup>930</sup>

---

<sup>928</sup> OLG Köln, NJW-RR 1997, 59, 59 f.; bei *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 1617, überzeugend als „Wertungswiderspruch“ bezeichnet, dass eine Leistungsverfügung auf die Notlage gestützt werden kann, diese jedoch nicht zur Verurteilung auf die Abgabe der Willenserklärung als Leistung ausreicht.

<sup>929</sup> Etwa bei *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 76 II 2 e) dd) S. 1233, der aus seiner ablehnenden Haltung betreffend die Durchsetzbarkeit einer einstweiligen Verfügung nach § 894 ZPO heraus, schon den Erlass einer entsprechenden Verfügung auf die Abgabe einer Willenserklärung für unzulässig erachtet; auch *MüKo/ZPO/Drescher*, § 938, Rn. 43, m.w.N.

<sup>930</sup> So auch nahezu beiläufig *MüKo/ZPO/Gruber*, § 894, Rn. 6, ohne daraus jedoch weitere Schlüsse zu ziehen; eingehend auch das OLG Köln, NJW-RR 1997, 59, 60: „Die Frage, ob die Abgabe einer Willenserklärung im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzes begehrt werden kann, ist daher nicht bei der Zulässigkeit zu verorten, sondern eine Frage der Begründetheit. Sie beantwortet sich – wie allgemein bei auf Vorwegbefriedigung gerichteten einstweiligen Verfügungen – danach, ob der Gläubiger auf sofortige Erfüllung



Insgesamt ist daher von einer grundsätzlichen Zulässigkeit der Vollstreckung einer einstweiligen Verfügung als solcher, auch betreffend die Abgabe einer Willenserklärung, auszugehen. Zulässig sind danach einstweilige Verfügungen, wo die abzugebende Willenserklärung in zeitlicher oder sachlicher Hinsicht einen vom Hauptsacheanspruch abweichenden Regelungsgehalt hat. Weiterhin sind unter den engen Voraussetzungen ausnahmsweise auch Befriedigungsverfügungen durch Abgabe einer Willenserklärung zuzulassen. Sofern eine gegenüber dem Hauptsacheverfahren erhöhte Gefahr einer Fehlentscheidung im summarischen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes durch die Vollstreckung zu realisieren droht, so ist dies ein allgemeiner Einwand gegen die Befriedigungsverfügung. Möchte man dagegen vorbringen, dass eine abgegebene Willenserklärung naturgemäß endgültige Wirkung habe und daher stets irreversibel sei, so rechtfertigt dies indes keine Totalversagung rechtlichen Gehörs wider Art. 19 Abs. 4 GG, sondern nur ein weiter zu steigerndes Interesse des Antragsstellers im Rahmen der Interessenabwägung des Verfügungsgrundes im Einzelfall.

In Fällen, in denen die Gesellschaft die treuwidrige Stimmrechtsausübung eines Dissidenten verhindern möchte, ist es für diesen ein Mehr an Rechtsschutz gegenüber der durch das Nichtigkeitsdogma ermöglichten schlichten Nichtbeachtung der Stimme durch den Versammlungsleiter<sup>931</sup>. Zuletzt steht auch die Drittwirkung einer derartigen Ersetzung der Zulässigkeit einer Vollstreckung nach § 894 ZPO nicht entgegen. Schließlich entfaltet die Stimmabgabe und -fiktion bei der Beschlussfassung gleichermaßen Wirkung gegenüber sämtlichen Gesellschaftern.<sup>932</sup>

*(c) Zwischenfazit: Anspruchsdurchsetzung im Wege der einstweiligen Verfügung*

Die einstweilige Verfügung, die auf ein bestimmtes Stimmverhalten durch Abgabe oder Nichtabgabe einer (bestimmten) Stimme gerichtet ist, hat regelmäßig befriedigende Wirkung. Überall dort, wo der Gläubiger auf diesem Wege sein Hauptsachebegehren erreicht, wird ihm ein vereinfachter Weg gegenüber der Be-

---

seines Anspruchs dringend angewiesen ist und eine Zurückweisung des Antrages eine Rechtsverweigerung gleichkäme.“

<sup>931</sup> Eingehend vorstehend unter „Teil 3 B.II.2.a.bb.“.

<sup>932</sup> Die Drittwirkung jedenfalls dem Grunde nach als Problem bei der Vollstreckung nach § 894 ZPO auch im Zusammenhang mit der Beschlussfassung jedoch bei *Friedhofen*, *Einstweilige Verfügungen gegen Gesellschafterbeschlüsse*, S. 150 f.

treibung des Hauptverfahrens nebst Zwangsvollstreckung zur Befriedigung gebnet. In zeitlicher Hinsicht steht daher eine beschleunigte Möglichkeit der Durchsetzung zur Verfügung, da die Fiktionswirkung des § 894 ZPO schon mit dem Erlass der einstweiligen Verfügung eintritt und nicht erst mit Rechtskraftwirkung.<sup>933</sup> Der Antragsteller kann letztlich sein Begehren somit auch gegenüber den Fällen der positiven Beschlussfeststellung schneller erreichen.<sup>934</sup> Mit Blick auf die relevanten Verfahrenskonstellationen wird dieser Weg seit dem Nichtigkeitsdogma und der damit geschaffenen Möglichkeit der Missachtung treuwidriger Stimmen durch den Versammlungsleiter wohl nachrangig sein. Dagegen eröffnet sich für den Dissident die Möglichkeit, die Schaffung von Fakten zu verhindern. Diese drohen ihm, da er seinerseits auf den Klageweg verwiesen ist, um seiner Stimme nachträglich Geltung zu verschaffen.<sup>935</sup>

#### *bb. Zwischenergebnis*

Die Zulässigkeit des einstweiligen Rechtsschutzes hängt, entsprechend den allgemeinen Grundsätzen, maßgeblich vom Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache ab. Ausgehend von der vorrangigen Prämisse keiner Partei den Rechtsschutz gänzlich zu verweigern, werden davon Ausnahmen in Form von Befriedigungsverfügungen zugelassen. Dort verlagert sich die Frage der Anwendbarkeit auf eine Prüfung der Interessenabwägung im Rahmen des Verfügungsgrundes im konkreten Einzelfall. Dabei finden neben dem typischen Spannungsfeld von Verhinderungs- und Vollziehungsinteresse gerade auch die Auswirkungen der Entscheidung auf die Willensbildung und insbesondere auch der endgültige Charakter der Verfügung beim Antragsgegner Berücksichtigung. Daraus folgt, dass im Zusammenhang mit treuwidrigem Beschlussverhalten letztlich ein verschärfter Maßstab angesetzt wird. *Kumulativ* zur Prüfung der Voraussetzungen der Stimmbindung muss die Interessenabwägung im Rahmen des Verfügungs-

---

<sup>933</sup> Vorherrschende Auffassung OLG Stuttgart, NJW 1973, 908; OLG Köln, NJW-RR 1997, 59, 59 f.; *Jauernig*, NJW 1973, 1671, 1672; Stein/Jonas/*Grunsky*, ZPO, vor § 935, Rn. 50; *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 76 II 2 e) dd), S. 1233 m.w.N.; abstellend auf die Parteizustellung Schuschke/Walker/*Schuschke*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, § 938, Rn. 36.

<sup>934</sup> Siehe dazu vorstehend „Teil 3 B.II.2.c.aa.“.

<sup>935</sup> Denkbar sind ansonsten Fälle, in denen die Beschlussfassung überhaupt erst ermöglicht werden soll und nicht durch Zeitablauf ein „ablehnendes“ Ergebnis entsteht. Siehe zu den Verfahrenskonstellationen vorstehend unter „Teil 3 B.II.2.b.aa.“.

grundes ein weitergehendes, überwiegendes Interesse an der sofortigen Regelung ergeben. Dies wird etwa anzunehmen sein, bei einer existenziellen Bedeutung des Beschlusses auch in zeitlicher Hinsicht.

Somit tritt der einstweilige Rechtsschutz im gesellschaftsinternen Streit um die Willensbildung als weiteres Instrument hinzu. Der durch das Nichtigkeitsdogma geschaffenen Beschleunigung der Beschlussfassung wird auf Seiten des Rechtsschutzes gewissermaßen ein Gegengewicht geschaffen. Insbesondere der Dissident kann dadurch seiner Stimme erneut Gewicht verschaffen, was freilich die Gefahr einer erneuten Blockade bedeuten kann. Dies torpediert indes den Versuch der Beschleunigung der unternehmerischen Willensbildung nicht im Kern, da die umgekehrte Rollenverteilung im Verfahren bleibt und die summarische Prüfung gerade eine Abwägung der widerstreitenden Interessen an der Aussetzung und Durchführung ermöglicht. All dies soll nicht darüber hinwegtäuschen, dass jeder Eingriff in die Willensbildung im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes stets schwerer wiegt als ein solcher durch Verurteilung im Hauptverfahren.

### III. Zwischenergebnis

Die Willensbildung ist ein elementarer mitgliedschaftlicher Bereich. Eingriffe von außen wirken häufig besonders schwer und berühren regelmäßig die unternehmerische Beurteilung als Kern der Gesellschaftszugehörigkeit des Einzelnen. Die Beschlussfreiheit der GmbH-Gesellschafter wird durch die gesellschaftsrechtliche Treupflicht begrenzt. Dabei bereitet die Bestimmung einer Stimmpflicht besondere Schwierigkeiten und steht im Spannungsfeld der nötigen Flexibilität im Einzelfall und der Rechtssicherheit durch die Bereitstellung von Kriterien zur Konturierung des Tatbestandes.

Eine treuwidrige Einzelstimme ist nichtig. Die Grenzen zulässiger Willensbildung gelten nach diesseits vertretener Auffassung auch außerhalb der Beschlussfassung bei der Bewertung von Sonderrechten und Beschlussquoten. Die Wichtigkeit einer gründlichen Prüfung treuwidrigen Stimmverhaltens wird mit Blick auf die Möglichkeit der beschleunigten Beschlussfassung und -durchführung besonders bedeutsam. Zugleich stellt sie eine wesentliche Benachteiligung des dissentierenden Gesellschafters dar, der nun die Wirkung seines Stimmrechts prozessual verfolgen muss. Diese Beschleunigung führt auch dazu, dass in einer Vielzahl der Verfahrenskonstellationen die Durchsetzung von Stimmbindungen aus der Treupflicht schon materiellrechtlich durch die Beschlussfeststellung oder

im Erkenntnisverfahren erfolgen kann. Die Zwangsvollstreckung muss dafür häufig nicht mehr betrieben werden.

Einen Ausgleich der Interessen und ein gleichwertiges prozessuales Gegengewicht zu schaffen, lässt sich durch eine großzügigere Handhabung des einstweiligen Rechtsschutzes erreichen. Dies entspricht zudem der erkennbaren Aufweichung kategorischer Haltungen. Es ist insgesamt eine Dynamisierung und Flexibilisierung durch das Nichtigkeitsdogma und der zumindest eingeräumten Möglichkeit der Prüfung der Zulässigkeit einstweiligen Rechtsschutzes im Einzelfall. Eine weitsichtige vertragliche Gestaltung wird die Vermeidung von Konflikten oder zumindest die Lösung von Streitigkeiten nur in Einzelfällen erleichtern. Nichtsdestotrotz ist es wünschenswert und konstruktiv, überall dort wo es zeitlich möglich ist, eine zwischenzeitliche gerichtliche Klärung herbeizuführen, um die Schaffung von Fakten zu vermeiden. Sinnvoll kann es auch sein, dies zur langfristigen Streitvermeidung statutarisch festzusetzen.



## **Teil 4 Zusammenfassung und Lösungsansätze**

### **A. Interessenlage der GmbH in der Zwangsvollstreckung und anderweitiger Rechtsdurchsetzung**

An der Schnittstelle des GmbH- und Zwangsvollstreckungsrechts existiert ein Spannungsfeld zwischen den innergesellschaftlichen Interessen einerseits, sowie dem allgemeinen Widerstreit der Gläubigerinteressen an effektiver Zwangsvollstreckung und dem Schuldnerschutz durch schonende Behandlung, andererseits. Dabei bestehen wiederum eine Vielzahl von Wechselwirkungen hinsichtlich der materiell-rechtlichen Bewertung, der Art und Weise der prozessualen Anspruchsdurchsetzung in Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung. Werden, namentlich bei internen Konfliktpunkten, gesellschaftsrechtliche Bestimmungen oder Grundsätze berührt, kommt deren Berücksichtigung bisweilen maßgebliche Bedeutung zu.

#### **I. Bestandsaufnahme**

In den unterschiedlichen denkbaren Konstellationen einer Beteiligung eines Gesellschafters oder der Gesellschaft in einem Verfahren zur Anspruchsdurchsetzung werden im Kern die nachstehenden Interessen der GmbH berührt.

##### **1. Vollstreckung in den Geschäftsanteil**

###### **a. Integritätsinteresse und Abschirmungsbestreben**

Sofern in einen GmbH-Anteil vollstreckt wird, besteht die Gefahr, dass die Integrität des bestehenden Gesellschafterkreises verletzt wird. Aus dem für GmbH-Gesellschaftsanteile regelmäßig durchgeführten Verfahren einer Verwertung nach § 844 ZPO<sup>936</sup> können sich im Wesentlichen zwei nachteilige Folgen für die Gesellschaft ergeben. Einerseits, indem der Gläubiger den Anteil verkauft oder versteigert, kann er dadurch das Eindringen eines Dritten in den Gesellschafterkreis bewirken. Andererseits kann der Gläubiger selbst die Nachfolge des Schuldner-

---

<sup>936</sup> Im Wege der öffentlichen Versteigerung oder des freihändigen Verkaufs; siehe dafür vorstehend „Teil 3 A.II.3.“.

Gesellschafters antreten, was aus einer analogen Anwendung der §§ 816 Abs. 4 ZPO, 1239 Abs. 2 BGB folgt.<sup>937</sup> Daher haben die Gesellschafter regelmäßig ein Abschirmungsinteresse, ihren Gesellschafterkreis integer zu halten. Die Interessen der Gesellschafter können dabei jedoch über eine Reihe von Satzungsgestaltungen gesichert werden. Hierbei entsteht ein im Einzelnen viel diskutiertes Spannungsfeld zwischen den Gläubigerinteressen und denen der Gesellschafter vor Überfremdung ihrer Gesellschaft.<sup>938</sup> In Einzelfällen gilt es die Funktionsweise der Schutzvorkehrungen vor missbräuchlichen Umgehungen zu schützen.<sup>939</sup> Dabei ist die intakte Regelungsmechanik und insbesondere die vorausschauende Gestaltung für die Wahrung der Interessen unentbehrlich.<sup>940</sup>

Weitestgehend anerkannt ist grundsätzlich, dass ein genereller Ausschluss von gesellschaftsvertraglichen Regelungen keine gesetzliche Handhabe findet.<sup>941</sup> Anders als im Recht der Personengesellschaften besteht kein Kündigungserfordernis zum gesetzlichen Schutz vor dem Eindringen Dritter.<sup>942</sup> Dies macht deutlich, dass der Gesetzgeber das Interesse der Gesellschafter an einer Überfremdung geringer bewertet als im Personengesellschaftsrecht.<sup>943</sup> Außerdem überwiegt das Verwertungsinteresse des Gläubigers dem Grunde nach die Gesellschafterinteressen vor einer Beeinträchtigung. Aus dieser allgemein anerkannten Möglichkeit der Aufnahme von Schutzmechanismen in den Gesellschaftsvertrag folgt jedenfalls, dass die Interessen der Privatgläubiger nicht *per se* vorrangig sein sollen.

## b. Souveränitätsinteresse

Ebenfalls besteht ein Interesse sowohl des Schuldner-Gesellschafters als auch der übrigen Gesellschafter an der eigenständigen Handlungsfähigkeit. Diese Souveränität kann durch die Pfändung des Geschäftsanteils in verschiedener Hinsicht beschränkt werden. Zunächst begründet die Pfändung des Anteils ab

---

<sup>937</sup> Michalski/*Ebbing*, GmbHG, § 15, Rn. 242.

<sup>938</sup> Siehe dazu etwa die Darstellungen bei *Heuer*, ZIP 1998, 405, 406 ff.

<sup>939</sup> Die Missbrauchsgefahr besteht insbesondere darin, dass Vinkulierungsklauseln durch ein (schwer erkennbares) kollusives Zusammenwirken eines veräußerungswilligen Gesellschafters und einem Dritten ausgehebelt wird: Nachdem eine vertraglich vereinbarte Verpflichtung nicht erfüllt wird, betreibt der Dritte die Zwangsvollstreckung. Vgl. dazu auch bei *Wedemann*, Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, S. 127.

<sup>940</sup> Vgl. dazu abstrakt auch schon die Ausführungen in „Teil 2 B.II.3, III.3.“

<sup>941</sup> BGHZ 65, 22, 24 f.; Siehe bei *Zattler*, Verzahnung der Gesellschaftsverträge in der echten GmbH & Co. KG, S. 84 m.w.N.

<sup>942</sup> Siehe dafür sogleich „Teil 4 A.I.1.f.“

<sup>943</sup> *Heuer*, ZIP 1998, 405, 406.

der Zustellung des Pfändungsbeschlusses nach § 829 Abs. 3 ZPO das Inhibitorium und das Arrestatorium. Während der Geschäftsanteil verstrickt ist, sind die Verwaltungsrechte des Schuldner-Gesellschafters aus dessen mitgliedschaftlicher Stellung beschnitten, indem den Gläubiger beeinträchtigende Verfügungen sowie die Stimmrechtsausübung eingeschränkt ist.<sup>944</sup> Dies hat wiederum Auswirkungen auf die Beschlussfassung und damit auch die Handlungsfähigkeit der GmbH. Dies gilt zumindest dort, wo die Gesellschafterversammlung im Einzelfall nach Gesetz und Satzung zuständig ist.<sup>945</sup> Durch die gegenständlich beschränkte Abstimmungsbefugnis des Gesellschafters wird auch die Gesellschaft in ihrer souveränen Beschlussfassung und möglicherweise der Handlungsfähigkeit beeinflusst.<sup>946</sup>

Das Souveränitätsinteresse der Gesellschaft wird auch dadurch berührt, dass die Satzungshoheit eingeschränkt wird. Die Gestaltung von Satzungsbestimmungen für den Fall der Zwangsvollstreckung in einen Geschäftsanteil unterliegt einer Reihe von Beschränkungen.<sup>947</sup> Ausgehend von der Satzungsautonomie des GmbH-Rechts, läuft jedwede Begrenzung der Gestaltungsfreiheit den Interessen der Gesellschafter zuwider. Diese Begrenzung zulässiger Gestaltung verwehrt im Bereich der Willensbildung einen uneingeschränkten Schutz der souveränen Interessen der GmbH-Gesellschafter.

### c. Geheimhaltungsinteressen

Daneben bestehen Interessen sämtlicher Gesellschafter der GmbH, an einer weitest möglichen Geheimhaltung von gesellschaftsinternen und unternehmerischen Informationen. Aus dem Verfahren der Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile als sogenannte andere Vermögenswerte nach §§ 857, 829 ZPO und der sich anschließenden Verwertung ergibt sich ein gesteigertes Bedürfnis des Gläubigers, Informationen über den Wert des Geschäftsanteils zu erhalten.<sup>948</sup> Mit Blick auf die dafür für gemein hin erforderliche, regelmäßig komplexe Unternehmensbe-

---

<sup>944</sup> Siehe die Darstellungen vorstehend „Teil 3 A.II.2.a.“.

<sup>945</sup> Dies gilt somit in Abgrenzung zu Maßnahmen der Geschäftsführung, vgl. § 46 GmbHG sowie die Ausführungen vorstehend „Teil 2 B.II.2.b.aa.“.

<sup>946</sup> Existenzielle Bedeutung kommt dieser Erkenntnis bei der Durchführung von Kapitalmaßnahmen zu, dessen zulässige Beschlussfassung nach den allgemeinen Grundsätzen der Gläubigerbenachteiligung bemessen wird, dazu schon „Teil 2 B.III.4.“.

<sup>947</sup> „Teil 2 B.II.3.a.bb.“.

<sup>948</sup> Vgl. *Heuer*, ZIP 1998, 405, 411.



wertung wären eine Vielzahl sensibler Daten, Kennzahlen und weitere Informationen erforderlich. Dabei misst die Praxis den Geheimhaltungsinteressen der GmbH ein höheres Gewicht bei, als dem Informationsdefizit des Gläubigers. Ein Anspruch des Gläubigers lässt sich danach nicht auf § 840 ZPO stützen, der lediglich die Erteilung von Auskünften vorsieht, die ausdrücklich normiert sind.<sup>949</sup> Ebenso steht der Weg über die Pfändung der mitgliedschaftsrechtlichen Auskunfts- und Einsichtsrechte nach § 51a GmbHG nicht offen.<sup>950</sup> Dabei müssen die – freilich weitreichenden – praktischen Schwierigkeiten hinter den Interessen der GmbH zurückstehen. Schließlich erfordern die weitreichenden Informationsrechte der Gesellschafter einer GmbH kehrseitig das Vorhandensein umfassender Pflichten aus eben ihrer Gesellschafterstellung, insbesondere die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht der Gesellschafter. Nur so stehen die Interessen an der Geheimhaltung in einem automatischen Gleichgewicht zu den Pflichten und aus ihnen resultierenden Folgen bei Verstößen. Praktisch besteht daher ein Bedürfnis an einer Kooperation der Beteiligten, welche mit Blick auf das sogleich zu skizzierende Substanzinteresse nicht unwahrscheinlich sein dürfte.

#### d. Substanzinteresse

Ungeachtet der Schwierigkeiten der Verständigung zur Wertermittlung besteht ein wirtschaftliches Interesse an der sachgemäßen Be- und Verwertung des Geschäftsanteils. Der Anteil hat grundsätzlich einen dem Unternehmenswert pro rata entsprechenden Wert.<sup>951</sup> Diesen Wert korrekt zu ermitteln und auch im Rahmen der Zwangsvollstreckung zu realisieren, entspricht dem Interesse des Schuldnergesellschafters und des Gläubigers gleichermaßen, wobei der Gesellschafter freilich stets den höchstmöglichen Preis erreichen will. Der Gläubiger wird indes daran interessiert sein, dass keine die Substanz schmälern den Handlungen durch die Gesellschafter oder die Gesellschaft vorgenommen werden. Zwar setzt sich das Pfändungspfandrecht des Gläubigers auch am Abfindungserlös des Schuldners fort, sofern dieser aus der GmbH ausscheidet, beziehungsweise auch am Liquidationserlös, im Falle einer Abwicklung der Gesellschaft.<sup>952</sup> Dennoch besteht die Gefahr, dass während der Verstrickung des Geschäftsanteils

---

<sup>949</sup> „Teil 3 A.II.2.d.aa.“.

<sup>950</sup> „Teil 3 A.III.2.“.

<sup>951</sup> Zu den Grundsätzen der Unternehmensberatung „Teil 3 A.II.3.b.bb.(1)“.

<sup>952</sup> „Teil 3 A.II.1.“.

substanzschmälernde Handlungen vorgenommen werden. An dieser Stelle überschneiden sich freilich das Substanzinteresse des Gläubigers mit dem Souveränitätsinteresse von Gesellschafter und Gesellschaft. Die Handlungsfreiheit hat dem Substanzinteresse bei benachteiligenden Verfügungen und Stimmrechtsausübungen zu weichen.<sup>953</sup>

Ein „Substanzinteresse“ im weiteren Sinne besteht jedoch auch seitens sämtlicher anderer Gläubiger der GmbH. Entsprechend des GmbH-rechtlichen Kapitalaufbringungsgrundsatzes des § 19 GmbHG besteht ein Interesse des Rechtsverkehrs an Vollständigkeit der Haftungsmasse. Diesem Interesse läuft freilich das Bestreben des Gläubigers an einem effektiven und uneingeschränkten Zugriff auf die vermögenswerten Positionen im Zwangsvollstreckungsverfahren zuwider. Ungeachtet der offenen Fragen,<sup>954</sup> überlagert der materiell-rechtliche Grundsatz das Vollstreckungsverfahren und rechtfertigt mit seiner elementaren kapitalgesellschaftsrechtlichen Funktion eine Verkürzung des Vollstreckungszugriffs.<sup>955</sup>

#### e. „Existenzinteresse“

Zuletzt ist aus der Sicht des Schuldnergesellschafters noch zu beachten, dass die Pfändung des Geschäftsanteils mitunter auch existenziellere Interessen berühren kann. Wie aufgezeigt liegt häufig eine Kongruenz zwischen der Gesellschafterstellung und dem Arbeitsplatz in der Gesellschaft vor.<sup>956</sup> Daher besteht die Gefahr, dass der Verlust der Gesellschafterstellung durch die Pfändung und Verwertung des Geschäftsanteils auch den Verlust des Arbeitsplatzes bedeutet. Dieser Aspekt findet indes im dargestellten Verfahren keine Berücksichtigung.

#### f. Überblick: Interessenlage in anderen Rechtsformen

Aufgrund der (historischen) Mittelstellung der GmbH zwischen den Personengesellschaften und der Aktiengesellschaft soll ein kurzer Überblick der Interessenlage in den Gesellschaftsformen dabei helfen, die Befunde einzuordnen.

Im Recht der Personengesellschaften räumt der Gesetzgeber der persönlichen Zusammengehörigkeit der Gesellschafter einen höchstmöglichen Stellenwert

---

<sup>953</sup> Siehe zur begrenzten Zulässigkeit von Verfügungen und Stimmrechtsausübungen während der Verstrickung des Geschäftsanteils „Teil 3 A.II.2.a.“.

<sup>954</sup> „Teil 3 A.III.1.“.

<sup>955</sup> Die Haftungsprivilegierung der GmbH, die bei der Rechtsformwahl eine wesentliche Rolle spielt (dazu „Teil 2 B.I.2., II.1.a.“) findet ihre Rechtfertigung maßgeblich in den Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsregelungen.

<sup>956</sup> „Teil 2 B.II.1.c.“.

ein. Ausfluss dessen ist, dass ein Gläubiger, der die Zwangsvollstreckung in einen Gesellschaftsanteil betreibt, auf die Möglichkeit verwiesen ist, die Gesellschaft zu kündigen und sich aus dem Liquidationserlös zu befriedigen.<sup>957</sup> Der Gesetzgeber sieht die Zusammenarbeit und das Vertrauensverhältnis als derart gewichtig an, dass somit das Eindringen Fremder in die Gesellschaft abgewehrt wird.<sup>958</sup> Dabei ist nicht nur das Interesse der Mitgesellschafter dem Befriedigungsinteresse aus dem Anteil überlegen,<sup>959</sup> sondern das Interesse der Gesellschafter am Fortbestand der Gesellschaft muss ebenfalls zurücktreten. Die Fortführung der Gesellschaft ohne den Gesellschafter dessen Anteil gepfändet werden soll ist daher ebenfalls unmöglich. Somit besteht neben dem Abwehrinteresse vor Dritten auch ein personelles Integritätsinteresse am unveränderten und daher auch nicht geschmälernten Gesellschafterbestand.

Gänzlich gegenteilig stellt sich die Lage bei der Aktiengesellschaft dar. Diese ist regelmäßig als Publikumsgesellschaft konzipiert und spricht einen breiten Anlegerkreis an, der daher primär als Kapitalgeber fungiert und beliebig austauschbar ist.<sup>960</sup> Häufig wird kein ausgeprägtes Interesse an der Person des Aktionärs dargestellt bestehen, dass die übrigen Gesellschafter den Fortbestand der Gesellschaft daran aufhängen würden. Dies ist bei börsennotierten Aktiengesellschaften evident, da eine breite Anlegerschaft gerade angestrebt wird. Ein anderes Bild kann sich etwa in Aktiengesellschaften ergeben, die einen begrenzten Gesellschafterkreis vorsehen.<sup>961</sup> Weiterhin sind im Bereich der Pfändung der Geschäftsanteile die Auswirkungen der Zwangsvollstreckung dadurch abgeschwächt, dass die Interessen der Aktiengesellschaft nicht betroffen sind. Der Gläubiger erhält lediglich ein Verwertungsrecht, kann dagegen nicht auch die mitgliedschaftlichen Rechte wahrnehmen.<sup>962</sup>

---

<sup>957</sup> §§ 725 Abs. 1 BGB bzw. § 135 HGB. Sofern der Gesellschaftsvertrag eine Fortführung vorsieht erlangt der Gläubiger partielle Befriedigung, § 738 BGB.

<sup>958</sup> Vgl. auch *Heuer*, ZIP 1998, 405, 405.

<sup>959</sup> *Heuer*, ZIP 1998, 405, 405.

<sup>960</sup> *Friedewald*, Die personalistische Aktiengesellschaft, S. 3.

<sup>961</sup> Dies ist in einer Reihe von personalistisch ausgestalteten Aktiengesellschaften der Fall, insbesondere der Familien-AG, der Mitunternehmer-AG, der Einmann-AG sowie der Kommanditgesellschaft auf Aktien, siehe dazu monografisch *Friedewald*, Die personalistische Aktiengesellschaft, S. 10 ff.; einen weiteren Fall stellt die 1994 eingeführte sogenannte kleine Aktiengesellschaft dar, welche personalistischen Gesellschaften einen Zugang zum Kapitalmarkt eröffnet, siehe *Ammon/Görlitz*, Die kleine Aktiengesellschaft, S. 25; schließlich können Namensaktien mit Vinkulierung im Sinne des § 68 AktG die Anonymität und Fungibilität einschränken.

<sup>962</sup> Vgl. *MüKo/AktG/Bayer*, § 68, Rn. 111.

## 2. Willensbildung und Beschlussfassung

Ausgehend von der wichtigen Stellung der Gesellschafterversammlung als Willensbildungsorgan der Gesellschaft besteht ein großes Interesse an der Autonomie und Souveränität sowie Integrität der Beschlussfassung durch die Gesellschafter. Eingriffe in die Willensbildung und Stimmrechtsausübung sind aufgrund der Bedeutung der mitgliedschaftlichen Beschlussfreiheit des einzelnen Gesellschafters stets weitreichend. Ein grundlegender Widerstreit ist dabei der punktuelle Charakter des Eingriffs gegenüber der komplexen Willensbildung in der Gesellschaft und dem damit verbundenen Interesse einer umfassenden Betrachtung. Wesentliche Entscheidungen sind regelmäßig ein Kompromiss der unterschiedlichen Interessen innerhalb einer GmbH.<sup>963</sup> Verstärkt durch die häufig persönlichen Beziehungen besteht eine Reihe von Interdependenzen, welche sich auf Entscheidungen und Beschlüsse auswirkt. Nahezu sämtliche Entscheidungen im Unternehmen stehen also in Abhängigkeit zu anderen Abläufen und Entscheidungen. Die einzelne unternehmerische Handlung ist häufig nur der notwendigerweise heruntergebrochene Teilaspekt eines größeren Kontextes. Diese Aufteilung ist notwendig, um eine Arbeitsteilung oder mehrschrittige Planung umzusetzen.<sup>964</sup>

Die Pfändung eines GmbH-Anteils wirkt sich auch auf die Freiheit der Willensbildung aus.<sup>965</sup> Ein besonders weitreichender Eingriff in gesellschaftsinterne Willensbildungsprozesse droht dabei im Bereich der Beschlussverwendung und Gewinnfeststellung nach § 29 GmbHG. Dort ist daher dem Vollstreckungsgläubiger eine Einflussnahme zu verwehren.<sup>966</sup>

Neben den Eingriffen von außen, drohen auch im Innenverhältnis Streitigkeiten. In den unterschiedlichsten Blickrichtungen drohen Eingriffe bei der Durchsetzung von Stimmrechtsgrenzen. Besonderer Stellenwert kommt der Anerkennung von Stimmpflichten aus der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht zu, welche mit ihrem offenen Tatbestand durch die Konturierung im Einzelfall fast jedes Stimmverhalten erfassen und damit aushebeln kann. Die Gefahr einer Entmündigung

---

<sup>963</sup> Vgl. Michalski/*Lieder*, GmbHG, § 13, Rn. 132.

<sup>964</sup> „In der betrieblichen Realität hilft man sich daher mit der Auflösung des Gesamtproblems in Teilprobleme. Diese werden dann einer isolierten Lösung zugeführt und durch Rückkopplungsschritte aufeinander abgestimmt.“, *Backhaus/Hawixbrock/Gaida/Lamers/Schlüter/Welker*, Betriebliche Entscheidungsinterdependenzen, S. 223.

<sup>965</sup> Eingehend „Teil 4 A.I.1.b.“.

<sup>966</sup> „Teil 3 A.II.2.c.dd.“.

einzelner Gesellschafter besteht gleichermaßen intern, sofern der Versammlungsleiter ein Votum als rechtswidrig ablehnt, wie extern, wenn im Rahmen der prozessualen Klärung die unternehmerische Prärogative nunmehr gerichtlich ersetzt wird. Das Nichtigkeitsdogma erleichtert also die (außer-)gerichtliche Anspruchsdurchsetzung gegen einen Dissidenten. Hier wird dem unternehmerischen Interesse an schneller Handlungsfreiheit der Vorrang eingeräumt. Weitreichende Folgen ergeben sich auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht. Es besteht in vielen Fällen die Möglichkeit der Beschlussfassung im Sinne einer (faktischen) Rechtsdurchsetzung, ohne die Zwangsvollstreckung betreiben zu müssen. Im Widerstreit steht dabei auch die Beurteilung der Zulässigkeit einstweiligen Rechtsschutzes. So darf es weder zu einer endgültigen Rechtsschutzverweigerung noch zu einer endgültigen Rechtsverweigerung durch die irreparable Schaffung von Fakten kommen, bevor eine Klärung in der Hauptsache möglich ist.

### 3. Satzungsautonomie

Die Freiheit der Gesellschafter einer GmbH, ihre Gesellschaft in vielen Bereichen satzungsautonom ihren Vorstellungen und Bedürfnissen entsprechend auszugestalten, ist ein Kernelement des GmbH-Rechts.<sup>967</sup> Dabei dient die Satzungsgestaltung den Gesellschaftern neben der individuellen Gestaltung der Wahrung ihrer Interessen und dem Schutz vor Eingriffen von außen. Dies gilt auch für den Bereich der Zwangsvollstreckung. Dafür werden in der Satzung insbesondere Bestimmungen aufgenommen, die im Falle einer Zwangsvollstreckung in einen Geschäftsanteil den Schutz der oben aufgeführten Interessen der übrigen Gesellschafter der GmbH gewährleisten sollen.<sup>968</sup> Weitere Regelungspunkte sind etwa die Verzahnung („Koppelung“) von Mitgliedschaft und der Tätigkeit im Unternehmen.<sup>969</sup> Die Regelungen der Satzung werden in der Regel durch Gesellschaftervereinbarungen ergänzt. Dabei ist der Regelungsumfang beider Instrumente aufeinander abgestimmt. Daraus folgt, dass sie von der Existenz des jeweils anderen abhängig sind.<sup>970</sup>

---

<sup>967</sup> „Teil 2 B.I.2.“

<sup>968</sup> Dazu eingehend „Teil 2 B.II.3.a.bb.“

<sup>969</sup> „Teil 2 B.II.1.c.aa.“

<sup>970</sup> Dabei schafft die gesetzliche Flexibilität die Notwendigkeit und Abhängigkeit von den eigenen Regelungen, „Teil 2 B.III.3.“

## II. Praktische Folgen der vorherrschenden Praxis

Die Überschneidungen des Zwangsvollstreckungsrechts und des GmbH-Rechts beeinflussen Kernelemente der Ausgestaltung und Lebenswirklichkeit der GmbH und haben in der Praxis weitgehende Auswirkungen auf das zugrundeliegende Interessengeflecht sowie das Verfahrensrecht.

### 1. Auswirkungen auf die Interessen in der GmbH

#### a. Befunde

- (i) Die Realstruktur der GmbH zeigt, dass das Verhältnis der Gesellschafter untereinander regelmäßig im Mittelpunkt der gemeinsamen Gesellschafterbeziehung steht. Daher verkörpert der Geschäftsanteil in diesen Fällen aus Sicht des Gesellschafters gerade keine anonyme, austauschbare Vermögensbeteiligung, vergleichbar einer (typischen) Aktiengesellschaft. Vielmehr hat die persönliche Beziehung zwischen den Gesellschaftern der GmbH ein größeres Gewicht als die gesellschaftsrechtliche Dauerrechtsbeziehung zwischen den Geschäftsanteilseignern. Allerdings ist gerade der Geschäftsanteil das Vollstreckungsobjekt in Fällen einer Anteilspfändung zur Befriedigung einer Privatforderung eines Gesellschafter-Gläubigers. Zwar wird in der Satzungspraxis oftmals eine entsprechende Regelung zur vollstreckungsbedingten Einziehung des verstrickten Anteils führen, dennoch – beziehungsweise gerade deshalb – endet die Mitgliedschaft des Schuldner-Gesellschafter in der GmbH. Somit ist zwar eine Abwehr vor dem gängig besprochenen „Eindringen“<sup>971</sup> in die Gesellschaft möglich, nicht jedoch kann dadurch die Veränderung und Dezimierung des Gesellschafterkreises abgewendet werden. Die Tragweite des Eingriffs und der aufgezeigten möglichen Auswirkungen für die Gesellschaft wird dadurch nur bedingt geschmälert.
- (ii) Für die GmbH-Gesellschafter steht häufig primär die Betätigung in der Gesellschaft im Vordergrund. Diese Mitarbeit auf der Ebene der Geschäftsführung sowie darunter, schafft eine Kongruenz zwischen Gesellschafterstellung und Arbeitsplatz des Gesellschafters. Aus der Sicht des Schuldner-Gesellschafter führt die Pfändung mitunter auch zum Verlust

---

<sup>971</sup> Siehe etwa bei *Heuer*, ZIP 1998, 405, 405 f.

des Arbeitsplatzes. Mit Blick auf die Funktionsweise der Gesellschaft bedeutet dies zugleich stets den Wegfall eines Funktionärs und somit eine Beeinträchtigung der bestehenden Arbeits- und Aufgabenteilungen in der Gesellschaft. Sofern der Schuldner-Gesellschafter als Geschäftsführer einer Gesellschaft tätig war, die nicht lediglich durch Fremdorganschaft geführt wurde, wird sich in der Praxis der Verlust der Gesellschafterstellung häufig auf die Tätigkeit für die Gesellschaft auswirken: Die gesellschaftsrechtliche Bestellung wird schuldrechtlich durch den Anstellungsvertrag ergänzt. Nicht selten wird gezielt eine Koppelung der Verträge gestaltet. In Gesellschaften, die nach dem Grundsatz der Selbstorganschaft geführt werden, ist wiederum die Gesellschafterstellung häufig die Voraussetzung für die organschaftliche Bestellung. Somit droht bei der Pfändung des Anteils mittelbar die Abberufung des Geschäftsführers.

Aus der Sicht des Schuldner-Gesellschafters ergeben sich daraus selbstredend weitreichende Konsequenzen. Sofern der Arbeitsplatz infolge des Verlusts der Gesellschafterstellung verloren geht, stellt dies einen drastischen Einschnitt in finanzieller und auch in persönlicher Hinsicht dar. Der Arbeitsplatz stellt einen sehr wichtigen Bestandteil unseres Alltags und Lebens dar. Somit bedeutet die Pfändung des gehaltenen Geschäftsanteils mitunter den Verlust der gelebten Gesellschafterstellung und eines Lebensinhalts, die über den bloßen Verlust des der titulierten Schuld entsprechenden Werts des Geschäftsanteils hinausgehen.

- (iii) Denkbar sind zudem nachteilige finanzielle Auswirkungen für die GmbH oder die unbeteiligten Gesellschafter, wenn ein Gesellschafter in einem Zwangsvollstreckungsverfahren beteiligt ist. Zum einen kann die Gesellschaft zur Vermeidung der Pfändung des Geschäftsanteils den Gläubiger nach § 267 BGB befriedigen oder die titulierte Forderung gemäß §§ 268, 1273 Abs. 2, 1223 Abs. 2 BGB ablösen. Ungeachtet der möglichen Diskrepanz zwischen der Forderung und dem (zu erzielenden) Wert des Anteils, gerät die Gesellschaft unter Zugzwang.

Ist das Schicksal des Anstellungsvertrags des Schuldners mit dessen Gesellschafterstellung verknüpft, löst das pfändungsbedingte Ausscheiden möglicherweise auch Zahlungsansprüche gegen die Gesellschaft aus. Im Falle einer vorzeitigen Vertragsbeendigung kann eine Abfindung erforderlich werden oder gegebenenfalls eine Karenzentschädigung für vereinbarte nachvertragliche Wettbewerbsverbote.

Ein weiterer Schaden droht der Gesellschaft durch die nach der vorherrschenden Rechtsprechungspraxis angenommene Kostentragungspflicht der Gesellschaft für Kosten im Zusammenhang mit der Erteilung von Auskünften gemäß § 840 ZPO.<sup>972</sup>

- (iv) Die Zwangsvollstreckung betrifft die Satzungshoheit und Gesellschaftervereinbarungen in mehrfacher Hinsicht. Zunächst begrenzt das Zwangsvollstreckungsrecht schon abstrakt die gesellschaftsrechtliche Satzungsgestaltung. Die Rechtsprechung und Literatur begrenzen die gängigen Bestimmungen zur Abschirmung der GmbH vor Dritten, vornehmlich durch die Einziehung des verstrickten Anteils oder die Vinkulierung.<sup>973</sup>

In einem zweiten Schritt kann die Durchsetzung von Ansprüchen dazu führen, dass eine – abstrakt – zulässige Regelung im konkreten Fall obsolet wird oder ihr Regelungsgehalt verkürzt oder gehemmt wird. Zu einer Nivellierung der bestehenden Regelungen kommt es, wenn die Pfändung eines Geschäftsanteils das Ausscheiden eines Gesellschafters zur Folge hat und dieser Träger satzungsmäßiger oder vereinbarter Pflichten war. Dies kann eine Neuregelung der Satzung erforderlich machen, um die weggefallenen Mechanismen zu ersetzen. Das unfreiwillige Ausscheiden des Schuldner-Gesellschafters ist darüber hinaus mit Blick auf bestehende Gesellschaftervereinbarungen problematisch.<sup>974</sup> Die Relativität der Abreden kann somit ein Regelungsvakuum erzeugen und zwingt die übrigen Gesellschafter im Interesse der Gesellschaft die Vereinbarungen zu aktualisieren. Häufig werden praktisch einzelne Interessen der Gesellschafter durch Bestimmungen in der Satzung und den Gesellschaftervereinbarungen abgebildet, begleitet durch entsprechende Regelungen zur Umsetzung und zum Schutz. Die Flexibilität des GmbH-Rechts schafft eine Abhängigkeit von den eigenen Regelungen.<sup>975</sup>

Die Ausübung sämtlicher Sonderrechte wird dazu während der Verstrickung des Anteils eingeschränkt, sofern eine Benachteiligung des Gläubigers droht. Gleichmaßen muss sich die Ausübung zudem an der Reichweite zulässiger Willensbildung messen lassen. Begrenzend wirkt dabei

---

<sup>972</sup> „Teil 3 A.II.2.d.“.

<sup>973</sup> „Teil 2 B.II.3.a.bb.“.

<sup>974</sup> BeckOK/*Trölitzsch*, GmbHG, Syst. Darstellung Gesellschaftervereinbarungen, Rn. 1.

<sup>975</sup> „Teil 2 B.III.3.“.



insbesondere die Durchsetzung von Stimmpflichten aus der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht.

- (v) Dies berührt auch die Entscheidungsfindungs- und Willensbildungsprozesse in der GmbH.<sup>976</sup> Weitere Schwierigkeiten ergeben sich bei der Bewertung einer Stimmrechtsausübung oder Beschlussfassung. Durch die gerichtliche Einmischung drohen irreparable Fehlentscheidungen. Im Rahmen der Streitigkeiten über die Treuwidrigkeit von Einzelstimmen berührt die gerichtliche Entscheidung entweder die Willensbildung des dissentierenden Gesellschafters oder – kehrseitig – der übrigen Gesellschafter. Spannungen ergeben sich dabei mit Blick auf den punktuellen Charakter der Entscheidung und dem häufig komplexen Willensbildungsprozess, der von vielen internen Faktoren abhängt und insbesondere eine unternehmerische Prognose darstellt. Übertragen auf die Einmischung in die GmbH im Wege der Zwangsvollstreckung droht die zwangsweise Reduzierung auf einen Teilaspekt. Die betriebswirtschaftlich geforderte Rückkoppelung, Harmonisierung und Konsistenz der Entscheidungen fehlt.

## b. Schlussfolgerungen

Anknüpfend an die herausgearbeiteten Befunde können die folgenden Schlussfolgerungen getroffen werden:

- (i) Die Zwangsvollstreckung dient zur Befriedigung eines Anspruchs des vollstreckenden Gläubigers. Sofern dieser eine geldwerte Befriedigung sucht, soll der Wert des Vollstreckungsobjekts durch die Vollstreckungsmaßnahme realisiert werden. Dabei kann sich allerdings eine Diskrepanz zwischen dem objektiv angesetzten Wert und dem subjektiven Wert aus Sicht des Vollstreckungsschuldners ergeben. Zunächst können für den Schuldner ein oder mehrere weitere Faktoren relevant sein, die objektiv nicht erfasst sind. Weiterhin erscheint es denkbar, dass die positiven Auswirkungen beim Gläubiger schlichtweg kleiner sind als die nachteiligen Folgen auf Seiten des Schuldners. Dies kann zu einer *Dysbalance* zwischen dem Mehrwert beim Gläubiger und den Nachteilen beim Schuldner führen. Es fehlt mitunter an einer *Gleichartigkeit* des Vollstreckungsmehrwerts beim Gläubiger und den Verlustfolgen beim Schuldner. Obgleich ein Gleichartigkeitserfordernis nicht vorgeschrieben ist, führt in der Regel die Zwangsvollstreckung *unmittelbar*

---

<sup>976</sup> „Teil 4 A.I.1.b.“

zu einem Mehrwert beim Gläubiger und einem Verlust beim Schuldner. Der Gläubiger erlangt den verkörperten Wert des Anteils, der Schuldner verliert jedoch zusätzlich die Rechte aus der mitgliedschaftlichen Stellung.<sup>977</sup> Dem einfachen, unmittelbaren und emotionslosen Realisierungsinteresse des Gläubigers steht mitunter ein mehrdimensionales, langfristiges und persönliches Interessengeflecht des Schuldners gegenüber. Bei genauer Betrachtung kann man dagegen nicht einwenden, dass bei der Zwangsäumung einer Mietwohnung wegen Zahlungsverzugs das monetäre Interesse des Eigentümers (als Gläubiger) und die – drastische – Entziehung des Lebensmittelpunktes bei Mieter (als Schuldner). Zwar hat der Mieter wohl ein größeres Interesse an der Verhinderung der Vollstreckung angesichts der weitreichenden Folgen. Allerdings sind der Mehrwert beim Gläubiger und die Folgen für den Schuldner zwei Seiten derselben Medaille. Die Entziehung des Besitzes an der Wohnung beendet den unmittelbaren Besitz des Schuldners und versetzt den Eigentümer wieder in die Position ungestört sein Eigentum ausüben zu können. An dieser Gleichartigkeit fehlt es bei der Pfändung eines Anteils, da dem Gläubiger nur der Verwertungserlös bleibt.<sup>978</sup> Schließlich sind dazu häufig auch unmittelbare und mittelbare Interessen Dritter betroffen. In den Fällen der Vollstreckung eines Privatgläubigers sind sowohl die übrigen Gesellschafter als auch die Gesellschaft an sich an dem der Vollstreckung vorausgegangenem Verfahren unbeteiligt. Die Heranziehung der Regelungen über die Vollstreckung in andere Vermögenswerte nach den §§ 857, 829 ff. ZPO führt zu einem weiteren Wertungswiderspruch. Dabei stellt die Qualifikation des Geschäftsanteils als vermögenswerter Gegenstand im Sinne der Norm eine weitgehende Reduktion auf seine Eigenschaft einer vermögenswerten Beteiligung an einer Gesellschaft dar, obgleich er für den Schuldner praktisch mehr darstellt. Insgesamt kann daher der Vollstreckungsmehrwert auf Seiten des Gläubigers mitunter deutlich hinter den negativen Folgen für den Schuldner-Gesellschafter, die übrigen Gesellschafter oder die Gesellschaft selbst zurückbleiben.

---

<sup>977</sup> Zwar in einem anderen Zusammenhang, dem der Frage der Drittschuldneigenschaft der GmbH, aber vom Ansatz her fruchtbar: *Schuler*, NJW 1960, 1423, 1423 „Die Pfändung des Geschäftsanteils bezweckt aber die Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Wert, der Substanz, des Geschäftsanteils und nicht aus dem zweifelhaften und erst später entstehenden Ansprüchen auf Gewinn [...]“.

<sup>978</sup> Das wird angesichts der praktisch häufigen Satzungsregelungen zur Abwehr vor Dritten der Fall sein, siehe dazu vorstehend „Teil 2 B.II.3.a.bb.“.

- (ii) Dort wo das grundsätzlich formalisierte und von Einfachheit und Effizienz geprägte Verfahren der Zwangsvollstreckung mit einem zweiten Rechtsgebiet kollidiert, entstehen Spannungen bei dem Versuch die grundlegenden Prinzipien und Wertungen aufrecht zu erhalten. Die GmbH ist ein vielfältiges Rechtssubjekt,<sup>979</sup> welches häufig keine verlässlichen verallgemeinerungsfähigen Aussagen zulässt. Daher ist der GmbH-Geschäftsanteil ein „komplexes“ Vollstreckungsobjekt. Die Komplexität erschwert zudem den zur angemessenen Verwertung zu ermittelnden anteiligen Unternehmenswert. Nichtsdestotrotz stellt die Praxis dem Gläubiger keine Handhabe bereit, die Herausgabe von relevanten Informationen zu erzwingen. Komplex ist auch das Regelungskorsett in der GmbH, welches den äußeren gesetzlichen Rahmen entsprechend der individuellen Bedürfnisse ausgestaltet. Dabei ist das Regelungswerk als Ganzes zu betrachten, welches in seiner konkreten Ausgestaltung sämtlichen Bedürfnissen der Gesellschafter entspricht. Beispielsweise schaffen die bestehenden statutarischen und vertraglichen Regelungen häufig ein Gleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der Gesellschafter. Die Reichweite der Einflussnahme innerhalb der Gesellschaft ist wiederum maßgeblich für den Maßstab der Sorgfalts- und Treupflichten des Einzelnen. Zudem ergibt sich ein Zusammenspiel von Satzung und Weisungen der Gesellschafter auf die Geschäftsführung.<sup>980</sup> Zusammenfassend droht ein Regelungsvakuum, sofern man in dieses System durch Veränderungen der Satzung, oder mittelbar dadurch eingreift, dass ein Gesellschafter mit statutarischen Sonderrechten pfändungsbedingt ausgeschlossen wird.
- (iii) Besondere Probleme bereitet die Komplexität der Entscheidungsfindung und Willensbildungsprozesse. Die gründliche Erfassung der Realstruktur und insbesondere der komplexen persönlichen und wirtschaftlichen Zusammenhänge findet häufig keinen ausreichenden Platz bei der Beurteilung. An

---

<sup>979</sup> Dies war ausweislich der Begründung des Gesetzgebers ein wesentlicher Grund, warum die GmbH zwischen der kapitalistischen AG und der OHG eingebettet werden sollte: Bezugspunkt sollte ausdrücklich nicht die OHG sein, die es durch die Haftungsbegrenzung weiterzuentwickeln galt. Vielmehr sollte lediglich ein Korridor zwischen den beiden Rechtsformen vorgegeben werden. Die tatsächliche Ausrichtung der jeweiligen GmbH sollte durch die Ausgestaltung im Einzelfall erfolgen, Amtliche Begründung zum GmbHG, S. 35, siehe „Teil 2 B.I.2., II.3.a.aa.“.

<sup>980</sup> Ebenso besteht eine solche Interdependenz etwa im Bereich der Bestellung und Anstellung des Geschäftsführers, dazu „Teil 2 B.II.1.c.ee.(2)“.

die Komplexität gesellschaftsinterner Abläufe schließt sich die Schwierigkeit an, Vorgänge und Entscheidungen richtig zu bewerten. Bei der Beurteilung unternehmerischer Entscheidungen wird dies besonders deutlich. Diese setzt häufig eine Prognose voraus, welche im schnelllebigen Wirtschaftsleben niemand mit Gewissheit abgeben kann. Die unternehmerische Entscheidung und das unternehmerische Risiko sind gerade die ureigenen Verantwortungen des Unternehmers.

## 2. Prozessuale Konsequenzen

Das Nichtigkeitsdogma räumt der beschleunigten Beschlussfassung und damit der wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit den Vorrang vor den Interessen des Gesellschafters ein. Dies führt im Rahmen der Durchsetzung von Stimpflichten und der Korrektur treuwidriger Stimmrechtsausübungen zu weitreichenden Konsequenzen. Maßgeblich ist die in sämtlichen Fallkonstellationen erleichterte Rechtsdurchsetzung, aufgrund der Möglichkeit der bloßen Nichtbeachtung der treuwidrigen Stimme durch den Versammlungsleiter oder die Feststellungs- oder Beschlussfeststellungsklage zur Feststellung des rechtmäßigen Inhalts. In diesen Fällen muss nicht der (Leistungs-)klageweg bestritten und deren Rechtskraft für die Zwangsvollstreckung nach § 894 ZPO abgewartet werden. Stattdessen ist nunmehr der dissentierende Gesellschafter darauf verwiesen, seiner Stimme nachträglich prozessual Geltung zu verleihen. Diese Vereinfachung der Rechtsdurchsetzung ist letztlich auf den Interessenausgleich zwischen der schnellen Beschluss- und Handlungsfähigkeit gegenüber den Interessen des einzelnen Gesellschafters zurückzuführen. Eine weitergehende Berücksichtigung der Interessen in der GmbH ist nicht denkbar. Mit Blick auf das gewünschte vereinfachte Verfahren wurde der dafür erforderliche materiell-rechtliche Richtungswechsel bei der Beurteilung treuwidriger Stimmen vorgenommen. Der dadurch in seiner Position stark geschwächte einzelne Gesellschafter ist somit seinerseits auf einen effektiven und möglicherweise auch einstweiligen Rechtsschutz angewiesen.

## **B. Ausgleich von Individual- und Kollektivinteressen über die allgemeinen Grundsätze des Zwangsvollstreckungsrechts**

Nunmehr soll der Frage nachgegangen werden, ob und inwieweit das Zwangsvollstreckungsrecht Platz für eine Berücksichtigung von individuellen und kollektiven Interessen bietet.

### **I. Auslegungsmöglichkeiten und Grenzen**

Das Spannungsfeld zwischen dem Gläubigerinteresse an effektiver Zwangsvollstreckung zur Realisierung seiner titulierten Ansprüche und dem Schuldnerschutzbestreben ist im Zwangsvollstreckungsrecht an verschiedenen Stellen berücksichtigt. In einigen Konstellationen drohen jedoch weiterhin unbefriedigende Ergebnisse. Im Schrifttum wird daher verschiedentlich diskutiert, wie man einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen herstellen kann.

#### **1. Diskutierte Erweiterungen des Schuldnerschutzes**

##### **a. Ansatz von Wieser: Geeignetheit**

*Wieser* diskutiert erhöhte Anforderungen an die Geeignetheit der Vollstreckung.<sup>981</sup> Danach sollen Vollstreckungsmaßnahmen schon an ihrer potenziell mangelnden Eignung zur Befriedigung des Gläubigers scheitern. Dabei zeigt er das praktische Bedürfnis auf, Vollstreckungsmaßnahmen zu vermeiden, deren Zweckerreichung zweifelhaft ist. Primär ergebe sich dieses Bedürfnis aus Sicht des Schuldners, der vor Eingriffen zu schützen sei, die einen Mehrwert beim Gläubiger nicht bewirken können. Allerdings sei dies nach *Wiesers* Auffassung auch im höchstgelegenen Interesse des Gläubigers, dem daran gelegen sein wird, den Ablauf ohnehin zweckloser Maßnahmen nicht vergeblich abzuwarten. Zuletzt sei von Belang für die Allgemeinheit, die Vollstreckungsorgane nicht unnötig zu belasten.<sup>982</sup>

##### **b. Sondervotum Böhmers zum BVerfGE 49, 220**

Bundesverfassungsrichter *Böhmer* gab ein Sondervotum zum Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 27.9.1978<sup>983</sup> ab.<sup>984</sup> Danach hätten die mit der Sache

---

<sup>981</sup> *Wieser*, ZZP 1985, 427 ff.

<sup>982</sup> *Wieser*, ZZP 1985, 427, 431.

<sup>983</sup> BVerfGE 49, 220.

<sup>984</sup> *Böhmer*, BVerfGE 49, 220 ff.

zuvor befassten Gerichte die verfassungsrechtlichen Probleme nicht hinreichend gewürdigt. Es wurde wegen einer ausstehenden Forderung eine Wohnung in Abwesenheit der Schuldnerin geräumt. Dadurch sei die Schuldnerin in ihrem Eigentumsgrundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG verletzt worden, da die Vollstreckung ihrerseits unverhältnismäßig gewesen sei. *Böhmer* erachtet die Ausgestaltung unseres Vollstreckungsrechts als bedenklich, da die Art und Intensität des Eingriffs weitgehend im Belieben des Gläubigers stünden.<sup>985</sup> Das Vollstreckungsrecht stamme aus der Zeit der Reichsverfassung von 1871, welche Grundrechte noch nicht beinhaltete. Daher fordert er die verfassungskonforme Handhabung des Vollstreckungsverfahrens in den jeweiligen Fällen durch die Organe der Zwangsvollstreckung. Diese sollen das Verfassungsrecht „in jeder Richtung auf seine Verfassungsmäßigkeit“ prüfen und insbesondere unverhältnismäßige Vollstreckungen unterlassen.<sup>986</sup> Dadurch stuft er die Vollstreckungsmaßnahmen nach ihrer jeweiligen Schwere ab.

### c. Ansatz von Wieser: Verhältnismäßigkeit

Der Frage eines Maßstabs der Verhältnismäßigkeit geht auch *Wieser* nach. Dabei versucht er die Interessenabwägung zwischen dem Schuldnerschutz und dem Vollstreckungsinteresse des Gläubigers im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu lösen.<sup>987</sup> Dafür sei der Maßstab der Verhältnismäßigkeit im Vollstreckungsrecht dahingehend anzupassen, dass eine Maßnahme nicht mehr verhältnismäßig sei, wenn der angerichtete Schaden größer sei als der angestrebte Nutzen. Dabei fasst *Wieser* auch mittelbare Nachteile ins Auge, die wieder nach den einzelnen Vollstreckungsmaßnahmen etwas unterschiedlich ausfallen können.<sup>988</sup> Diese seien grundsätzlich im Vollstreckungsrecht unerwünscht, wenngleich unvermeidlich. Das Ausmaß der Auswirkungen einer Vollstreckungsmaßnahme sollte somit nicht lediglich im Hinblick auf die entstehenden Nachteile beim Schuldner abgeschätzt werden. Er zieht das Fazit, dass der Schaden nicht größer sein dürfe, als der angestrebte Nutzen. *Wieser* formuliert einen aufzunehmenden § 765b ZPO, der die Unverhältnismäßigkeit generalklauselartig normieren solle. Dazu schlägt er die Änderung der §§ 817a ZPO, 85a ZVG dahingehend vor, dass

---

<sup>985</sup> *Böhmer*, BVerfGE 49, 220, 234.

<sup>986</sup> *Böhmer*, BVerfGE 49, 220, 239, 242.

<sup>987</sup> *Wieser*, ZZP 1985, 50 ff.

<sup>988</sup> *Wieser*, ZZP 1985, 50, 52.

Hälfte des Werts des Objektes überstiegen sein müsse.<sup>989</sup> Im Bereich der Pfändung sei der sekundäre Schaden stets allein maßgeblich. Dabei geht Wieser so weit, auch die späteren Folgen der Pfändung zu berücksichtigen. Er macht dies an einem gepfändeten Unternehmensgegenstand fest, ohne den der Betrieb nicht mehr gleichbleibend arbeiten könne.

#### d. Ansatz von Vollkommer

*Vollkommer* knüpft an das oben genannte Urteil des Bundesverfassungsgerichts an und zieht daraus differenzierte Schlüsse.<sup>990</sup> Wollte man einerseits die Stärkung des Schuldnerschutzes dadurch gewährleisten, dass im Einzelfall das Vollstreckungsorgan vermehrt mit „gesteigerter Verantwortung“ handelt, so gehe damit eine Beschränkung der Parteiherrschaft des Gläubigers einher.<sup>991</sup> Sofern die Vollstreckungsorgane weitere Aufgaben und Kompetenzen erlangten, würden sie sich demnach in das Verfahren zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner vermehrt einmischen. Um nicht einseitig die Stellung des Gläubigers gegenüber derjenigen des Schuldners zu schwächen, sei auch seitens des Schuldners ein Entgegenkommen zu fordern. Will man also die Beschneidung der Privatautonomie des Gläubigers akzeptieren, so müsse man die entsprechende Ausweitung der Mitwirkungspflichten des Schuldners im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens fordern. Damit ginge allerdings auch eine gesteigerte Fürsorgepflicht des Richters einher. Grundlegend müssten die Gerichte zur „Einmischung“ in das Verfahren zunächst eine gründlichere Sachverhaltsaufklärung betreiben, um die erforderlichen Informationen erlangen zu können.

#### e. Ansatz von Schuschke

Eine Modifizierung der Versuche, die Rolle des Gerichts zu stärken, um den Folgen beim Schuldner möglichst auf ein nötiges Maß zu reduzieren, stellt *Schuschkes* Ansatz dar, die Behörden umfassender an kritischen Vollstreckungsfällen zu beteiligen.<sup>992</sup> Dabei setzt er sich mit der typischen Konstellation des drohenden Suizids durch den Schuldner im Rahmen der Räumungsvollstreckung im Lichte des § 765a ZPO auseinander. In diesen krassesten Fällen sei eine genaue Koordinierung der Abwägung von Amts wegen angezeigt. Als Ausgangspunkt diene das Urteil des

---

<sup>989</sup> Wieser, ZZP 1985, 50, 84 ff.

<sup>990</sup> Vollkommer, RPflegler 1982, 1 ff.

<sup>991</sup> Vollkommer, RPflegler 1982, 1, 9.

<sup>992</sup> Schuschke, NJW 2006, 874 ff.

BGH vom 4.5.2005<sup>993</sup>. Danach könne eine sachgerechte Abwägung der Parteiinteressen im Rahmen des § 765a ZPO nur erfolgen, wenn das Gericht nicht pauschal vor der Drohung des Schuldners zurückweiche. Es sei gerade zu untersuchen, ob nicht der Suizid durch die Hinzuziehung von Hilfe von außen abgewendet werden könne. *Schuschke* entwickelt diesen Gedanken weiter und beschreibt einen (allgemeingültigen) Vollstreckungsablauf, an den sich die Vollstreckungsorgane halten sollen.<sup>994</sup> Dabei soll der Gerichtsvollzieher vor der Durchführung der Maßnahme zunächst mit dem Schuldner in Kontakt treten, um dadurch mögliche Suizidabsichten zu erkennen. Es ist auch zu betonen, dass *Schuschke* fordert, der Gerichtsvollzieher solle den Schuldner auf den Rechtsschutz nach § 765a ZPO hinweisen.<sup>995</sup> Dies solle die Kosten einer schon in Gang gesetzten Zwangsvollstreckung vermeiden. Sollten sich bei diesem Kontakt solche Anzeichen ergeben, sieht der Vorschlag die frühzeitige Einbeziehung der Behörden vor.

#### f. Ansatz von Ahrens

Zuletzt fordert *Ahrens*, dass die Vollstreckungsgerichte überall dort, wo eine gesetzliche Konkretisierung des Schuldnerschutzes fehle, eine eigenständige Entscheidung über den Grundrechtsschutz treffen.<sup>996</sup> Entsprechend den vorhandenen Regelungen zum Schutz des Existenzminimums des Schuldners (beispielsweise §§ 850c, 851c f. ZPO) sei dieses verfassungsrechtliche Prinzip stets zu wahren. Dabei geht er im Ergebnis noch einen Schritt weiter, indem er unabhängig von der im Rahmen der jeweiligen Abwägung ein von einer „Gesamtvorstellung getragenes Schutzmodell“ fordert.<sup>997</sup>

#### g. Bewertung

Die Argumentationen der einzelnen Verfasser knüpfen im Wesentlichen an zwei Punkten an, der Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (beide Ansätze von *Wieser*, sowie *Böhmer*) und der Aufwertung des Prozessrechts (*Vollkommer*, *Schuschke* und in gewisser Weise *Ahrens*).

---

<sup>993</sup> BGH, NJW 2005, 1859.

<sup>994</sup> *Schuschke*, NJW 2006, 874, 876.

<sup>995</sup> Zu der Frage, ob das Vollstreckungsgericht auf einen zu stellenden Antrag auf Vollstreckungsschutz hinzuweisen hat (vgl. § 139 ZPO) im Rahmen der gerichtlichen Hinweispflichten siehe die Diskussion bei *Ott*, Der Schutz des Schuldners und der nachrangigen Gläubiger vor Vermögensverschleuderung im Zwangsversteigerungsverfahren, S. 118 f. m.w.N.

<sup>996</sup> Gehrlein/Prütting/*Ahrens*, ZPO, § 829, Rn. 6.

<sup>997</sup> Gehrlein/Prütting/*Ahrens*, ZPO, § 829, Rn. 6.



*aa. Ansätze zur Stärkung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes*

*Wiesers* Versuch, die Anforderungen an die Geeignetheitsprüfung zu erhöhen, ist zweifelhaft. Er setzt zur Vermeidung von im Einzelfall problematischen – da *unverhältnismäßigen* – Zwangsvollstreckungen schon bei der Frage der Geeignetheit der Maßnahme an. Damit wird die Verhältnismäßigkeitskontrolle im Rahmen des gängigen vier-schrittigen Schemas weit vorverlegt. Sobald die Maßnahme zur Zweckerreichung zweifelhaft erscheint, scheidet das Verfahren am starren Erfordernis der erkennbaren Geeignetheit. Diese frühe Weichenstellung verleiht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine größtmögliche Potenz.

Unbestritten sind alle Beteiligten – und wie er ausführt auch die Öffentlichkeit – an einer effizienten Vollstreckung interessiert. Dabei kann es nur im Interesse des Schuldners sein, nicht etwa durch eine schlecht arbeitende Vollstreckungsmechanik unter größerer Ungenauigkeit weiter belastet zu werden als erforderlich. Allerdings ist die Prüfung der Geeignetheit der Vollstreckungsmaßnahme gesetzlich nur ganz vereinzelt vorgesehen.<sup>998</sup> Damit hat der Gesetzgeber den Hauptanwendungsfall der drohenden nutzlosen Pfändung erfasst. Sofern man daraus nun den Schluss zieht, dass es also im Zwangsvollstreckungsrecht vorgesehen ist, die Geeignetheit zu prüfen, kann das nicht überzeugen. Es ist schlichtweg praktisch unmöglich, jede Vollstreckungsmaßnahme anhand des allgemeinen Schemas der Erforderlichkeit, Geeignetheit und Angemessenheit im engeren Sinne zu prüfen. Dies wäre auch bis zu einem gewissen Punkt systemwidrig, da es die Bestrebungen der Verfahrenskonzentration aushebeln würde. Dieser letzte Aspekt zeigt auch, dass *Wieser* in seinem Ansatz nach alledem nur die Schuldnerinteressen ernsthaft zu stärken versucht: Eine verlässliche Vorprüfung der Geeignetheit würde ihrerseits kaum weniger Aufwand bedeuten als die formalisierte Vollstreckungsmaßnahme.

*Böhmers* Vorschlag einer abgestuften beziehungsweise gestaffelten Zulässigkeit von Vollstreckungsmaßnahmen nach der Schwere des Eingriffs stellt einen sehr drastischen Versuch dar, die Interessen des Schuldners zu wahren. Zunächst gibt das Vollstreckungsrecht dafür keinen wirklichen Anknüpfungspunkt. Dementsprechend stellte die überwiegende Auffassung dem Gläubiger die Wahlfreiheit zwischen den gesetzlich vorgesehenen Vollstreckungsarten anheim.<sup>999</sup>

---

<sup>998</sup> Im Einzelnen vorstehend „Teil 2 A.I.4.a.“.

<sup>999</sup> Siehe etwa *Behr*, RPflegler 1981, 417, 418 ff.; *Gaul*, JZ 1974, 283, 283 ff.

*Vollkommer* versucht daraus eine konkrete fünfstufige Reihenfolge nach der Schwere des Eingriffs abzulesen, wonach auf der geringsten Stufe die Pfändung von Forderungen und Rechten steht und zuletzt als schwerster Eingriff die Zwangsversteigerung des vom Schuldner bewohnten Hauses angeführt ist.<sup>1000</sup> Ein freier Vollstreckungszugriff bleibe dem Gläubiger verwehrt. Das hätte zur Folge, dass die oben dargestellte Kollision der Rechte des Gläubigers und des Schuldners keiner sachgerechten Abwägung zugeführt würde.

*Böhmer* spitzt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dahingehend zu, dass der Gläubiger nicht gegenüber dem Schuldner bevorzugt werden dürfe. Die Krux der zu gewährleistenden effektiven Rechtsdurchsetzung und den betroffenen Schuldnerinteressen sei schon vorweg einseitig zugunsten des Schuldners entschieden. Denkt man dieses Modell konsequent zu Ende, stellt sich *Böhmers* Lösungsweg mithin als systemwidrig dar. So stellen die schuldnerschützenden Vorschriften vielmehr eine Ausnahme zu dem Regelfall der Vollstreckung des Titels dar. Diese Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses im weiteren Sinne ist abzulehnen.

In seinem weiteren Ansatz fächert *Wieser* die Problematik weit auf. Auch hier versucht er den Ausgleich der Interessen ausschließlich im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit herbeizuführen. Dieser Grundsatz ist nicht eigens materiell-rechtlich geregelt, sondern nur aus dem Verfassungsrecht abgeleitet. Mit der Installation einer allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprüfung, würde man der verfassungsrechtlichen Prämisse verhältnismäßig zu handeln, die Stellung eines weitreichenden Korrektivs im Privatrecht verschaffen. *Stürner* führt die drastische Konsequenz nahezu poetisch aus: „Die Verfassungsrechtler besitzen den Schlauch des Äol, die klarsten zivilrechtlichen Ansprüche im Winde von Übermaßverbot und Güterabwägung schwanken und zerknicken zu lassen.“<sup>1001</sup> Die konkrete Benennung auch sekundärer Nachteile ist dem Grunde nach zu begrüßen. Es liegt dem Zwangsvollstreckungsrecht zwar der Zweiparteienprozess zugrunde. Obgleich an einigen wenigen Stellen die Möglichkeit der Berücksichtigung auch Dritter Interessen – jedenfalls seinerseits durch das Bestreiten des Rechtswegs – vorgesehen ist. Viele Vollstreckungsmaßnahmen haben Auswirkungen auch auf andere Personen als den Schuldner. In gewisser Weise ähnelt diese Überlegung dem Gedanken, dass im Rahmen des Schuldnerschutzes ge-

---

<sup>1000</sup> *Vollkommer*, RPflegler 1982, 1, 8.

<sup>1001</sup> *Stürner*, NJW 1981, 1757, 1760.

mäß § 765a ZPO auch wirtschaftliche Nebenfolgen berücksichtigt werden können, die nicht direkt mit der eigentlichen Zwangsvollstreckung einhergehen<sup>1002</sup>: Die Verengung des Blicks auf die zwei unmittelbar Beteiligten scheint ebenso wenig zwingend wie ein Ausblenden der tatsächlich drohenden wirtschaftlichen Folgen für die Betroffenen. Im Fall von *Wieser* kann dies allerdings dazu führen, dass der Prüfrahmen durch die kumulative Einbeziehung mittelbarer (Spät-)folgen erheblich aufgefächert und gegebenenfalls überdehnt wird.

Eine allgemeine gesetzliche „Verhältnismäßigkeitsklausel“ ist nicht Rechtswirklichkeit (geworden). Wie gezeigt, sieht das Zwangsvollstreckungsrecht an vielen Stellen, an denen ein konkreter Wert eines Vollstreckungsobjekts in Rede steht, lediglich einen Schutz vor der Verschleuderung vor.<sup>1003</sup> Die allgemeine Forderung nach einem „quantitativen“ Überwiegen der Gläubigerinteressen würde allerdings zum einen den sachlichen Anwendungsbereich (alle Vollstreckungsmaßnahmen!) immens erweitern. Dazu würde durch die Abwägung eine quantitative Hürde eingeführt, die ein Gläubiger mit seiner Forderung zu überwinden hat. Daraus entstehen wiederum Unsicherheiten und Unwägbarkeiten, welcher „Schwellenwert“ überhaupt zugrunde gelegt werden oder welches Verhältnis noch zulässig sein soll. Dabei ist allerdings folgendes zu bedenken: Ausgehend vom Grundsatz, dass die Vollstreckung bei Vorliegen der Vollstreckungsvoraussetzungen stattfindet, stellt letztlich jede Hürde eine Entscheidung zugunsten des Schuldners dar. Diesem würde ein gesetzlich nicht vorgesehener Schutzmechanismus zugesprochen, der sich vom verfassungsmäßig gebotenen Ausnahmecharakter des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes entfernt hätte. Weiterhin lahmt der Vorschlag daran, dass die praktische Umsetzung schwierig ist. Das weitgefächerte und mehrdimensionale Spektrum zur Entscheidungsfindung durch die Vollstreckungsorgane würde die Praxis schlichtweg überfordern.

Der Anknüpfungspunkt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wurde zwar schon durch das Bundesverfassungsgericht gewählt.<sup>1004</sup> So gelte dieser grundsätzlich auch im Vollstreckungsrecht. Nach Ansicht der Richter liegt eine Verletzung vor, wenn das Ziel auf „weniger einschneidende und den Betroffenen weniger belastende Weise erreicht werden könne“.<sup>1005</sup> Allerdings sehen sich die einzel-

---

<sup>1002</sup> „Teil 2 A.I.4.b.“.

<sup>1003</sup> Siehe unter „Teil 2 A.I.4.b.“.

<sup>1004</sup> Vgl. etwa BVerfGE 38, 281, 302; 49, 24, 58.

<sup>1005</sup> BVerfGE 38, 281, 302; 49, 24, 58.

nen daraus abgeleiteten Schlüsse den obigen Kritikpunkten ausgesetzt. Der Gesetzgeber hat eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nur an einzelnen Stellen verankert und damit von einer *allgemeinen Schranke der Unverhältnismäßigkeit* bewusst abgesehen. Der Bund der deutschen Rechtspfleger wollte § 765a ZPO abändern, indem „gute Sitten“ gegen „Verhältnismäßigkeit“ ersetzt wird.<sup>1006</sup> Dieser Forderung wurde jedoch nicht entsprochen, was den gesetzgeberischen Willen zum Ausdruck bringt.

#### *bb. Ansatz zur Aufwertung der Kompetenzen im Verfahren*

*Vollkommers* Ansatz ist mehr eine Beobachtung und Schlussfolgerung der Entwicklung der Rechtsprechung und Resonanz in der Literatur nach dem Ausgangsurteil des Bundesverfassungsgerichts. Er bezeichnet diese als „Konsequenzen“ und stellt damit in gewisser Weise die Prognose an, welche Entwicklungen zu erwarten sind. Dabei destilliert er die jeweiligen Auswirkungen, die diese auf das Zwangsvollstreckungsgefüge hätten. Konstruktiv geht *Vollkommer* dabei nicht zu dem Punkt über, einen konkreten Vorschlag zu entwickeln. Sicherlich richtig ist die Erkenntnis, dass eine Stärkung der Rolle der Vollstreckungsorgane deren Verantwortung erhöht. Sofern sie mit eigenen Entscheidungskompetenzen ausgestattet werden, müssen sie diese zunächst aufgrund fundierter Sachverhaltsermittlung treffen. Tatsächlich würde diese Ausdehnung von Rechten und Pflichten und Kompetenzerweiterung des Vollstreckungsgerichts die Stärkung des Prozessrechts gegenüber dem materiellen Recht bedeuten. Anstelle einer lediglich formalisierten „Exekution“ des titulierten Anspruchs verblieben weitgehende wertende Aspekte beim Rechtspfleger. Eine solch potente Stellung des Vollstreckungsorgans war noch im „Entwurf 1931“,<sup>1007</sup> der eine Amtsmaxime vorsah, angedacht. Unser heutiges Zwangsvollstreckungsrecht stellt hingegen einen weitgehenden Gegenentwurf zu dem damaligen Entwurf dar.

Diese Verschiebung erscheint im Hinblick auf den geltenden Formalisierungsgrundsatz als äußerst bedenklich. Das Vollstreckungsverfahren ist weitestgehend vom Erkenntnisverfahren gesondert zu betrachten. So war es die grundlegende

---

<sup>1006</sup> *Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckung, § 3, Rn. 56 m.w.N. dort in Fußn. 210.

<sup>1007</sup> Der Referentenentwurf über eine neue ZPO 1931, sah verschiedentliche Lockerungen vom bestehenden Antragsprinzip vor (dort insbesondere §§ 857 ff., 873) vgl. auch die Begründung, S. 517.

Entscheidung des historischen Gesetzgebers 1871, das Zwangsvollstreckungsverfahren grundsätzlich vom Erkenntnisverfahren zu lösen.<sup>1008</sup> Kompetenziell bedeutet dies eine Trennung der Bereiche des erkennenden Gerichts und der Vollstreckungsorgane. Eine allzu weitgehende Nivellierung dieser Abgrenzung wäre in systematischer Hinsicht Bedenken ausgesetzt und würde den rechtshistorischen Entwicklungen zuwiderlaufen.

*Schuschkes* Modell verfolgt einen grundsätzlich ähnlichen Ansatz, wenngleich die Umsetzung einen deutlich reduzierten Umfang hat. Zunächst behandelt er nur die drastischen Fälle der Praxis, in denen der Suizid bei durchgeführter Vollstreckungsmaßnahme droht. Zweifelsohne ist der drohende Tod eines Menschen das gewichtigste Gegenargument gegen die Vollstreckung. In gewisser Weise verlagert er die Problematik aus dem „Grenzgebiet“ zwischen dem Gericht des Erkenntnisverfahrens und den Vollstreckungsorganen heraus und entschärft damit die obige Brisanz auf den ersten Blick. *Schuschkes* Lösung ist zeitlich allerdings vor dem Antrag des Schuldners im Sinne des § 765a ZPO einzuordnen. Daraus folgt die überaus weitreichende Konsequenz, dass seine Ausführungen zuletzt keine Hilfestellung bei der Abwägung im Rahmen der Generalklausel darstellen, sondern den Gerichtsvollzieher von sich aus mit der Ermittlung einer Suizidgefahr betraut. Demnach ist auch dieser Ansatz als Liberalisierung des formalisierten Verfahrens einzustufen.

Offen bleibt die Frage, wer genau zur Einschätzung der Lage konsultiert werden soll und wer die Kosten übernimmt. Zunächst scheint man bei dem zugrundeliegenden BGH Urteil eine gewisse Nähe zu den Räumungsvollstreckungsfällen des öffentlichen Rechts zu erkennen. Dort steht und fällt eine hoheitliche Räumung zumeist mit der (rechtlichen) Möglichkeit den Kranken anderweitig unterbringen zu können. Dafür stehen die spezialgesetzlichen Regelungen parat, die ihrerseits eine gesicherte Erkenntnis über die tatbestandlichen Voraussetzungen erfordern. Die Vollstreckung droht daher oft zu scheitern, wenn die zusätzlichen

---

<sup>1008</sup> Vgl. die Aufarbeitung der Entstehung bei *Stamm*, Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, S. 37 f., wonach in Anlehnung an den französischen Code de procédure civile von 1806 die grundsätzliche Trennung eingeführt wurde, zunächst damit das Richteramt „reingehalten“ würde. Anders als im französischen Vorbild wurde die Vollstreckung nicht komplett der gerichtlichen Kompetenz entzogen, sondern ein Dualismus zwischen den Tätigkeiten der Gerichtsvollzieher und der bestehenden Beteiligung des Gerichts etabliert. Dazu wurde das Prinzip der Formalisierung übernommen, welches die Trennung durchsetzen und das Verfahren beschleunigen sollte (S. 38 unter Bezugnahme auf die Materialien bei *Hahn/Mugdan*, Materialien zur Zivilprozessordnung, S. 436).

spezialgesetzlichen Voraussetzungen fehlen. Es soll offenbleiben, ob und inwieweit Parallelen gezogen werden können. Deutlich wird jedenfalls, dass dieses „erweiterte“ Verfahren zur Sachverhaltsaufklärung ohnehin nur in den absoluten Extremfällen der Zwangsvollstreckung (klassischerweise der suizidale Mieter) diskutabel ist. Allgemeingültige Anhaltspunkte für eine abweichende Betrachtung des Schuldnerschutzes in unserem Vollstreckungsrecht kann diese Überlegung keineswegs liefern.

Zuletzt führt der Vorschlag von *Ahrens*, die grundsätzliche Kompetenz der Vollstreckungsorgane zu installieren, den Existenzschutz des Schuldners auch außerhalb der gesetzlich vorgesehenen Schuldnerschutzvorschriften zu gewährleisten, ebenso zu einer Kompetenzerweiterung. Er führt darüber hinaus nicht weiter aus, welchen Umfang die Prüfung in organisatorischer Hinsicht, beziehungsweise welche Anforderungen an die Abwägung zu stellen sind. Anders als im Rahmen der bestehenden Schuldnerschutzvorschriften oblege es somit gänzlich dem Vollstreckungsorgan über das Schicksal der Vollstreckung zu entscheiden. Richtig ist zwar, dass der bestehende Schuldner und Beteiligtenschutz nur fragmentarisch ist. Daher wurde der Schuldnerschutz stets weiterentwickelt und an neue Entwicklungen angepasst. Das Vollstreckungsrecht als solches ist somit der Aktualisierung zugänglich. *Ahrens* trifft darüber hinaus gewissermaßen eine Grundentscheidung zugunsten eines generellen Vorbehalts des Existenzschutzes beim Schuldner, von dem eine Vollstreckung *in concreto* abhängt. Damit möchte er augenscheinlich die Reaktion des Gesetzgebers auf neue Entwicklungen schon antizipieren. Ohne diese gesetzliche Handhabe stellt dies allerdings eine allzu weitgehende Beschneidung der Gläubigerinteressen dar.

Einschränkungen des formalisierten Verfahrens sind ohne normative Grundlage stets bedenklich. Mit Blick auf die (neuere) Entwicklung des Zwangsvollstreckungsrechts lässt sich zwar eine gewisse Ausweitung der Befugnisse des Gerichtsvollziehers ausmachen. 2009 modernisierte der Gesetzgeber den Bereich der Sachaufklärung, um dem Gläubiger die Informationserlangung zu erleichtern.<sup>1009</sup> Unter Verzicht auf eine erfolglose Sachpfändung kann der Gerichtsvollzieher nun von dritter Seite Informationen über die Vermögensverhältnisse des Schuldners beschaffen. Hierin wird man jedoch primär die notwendig gewordene Anpassung an die veränderten und verkomplizierten Verhältnisse der Aufklä-

---

<sup>1009</sup> BGBl. I S. 2258.

rung sehen müssen und keine grundlegende Stärkung der Position des Gerichtsvollziehers im Vollstreckungsgefüge. Auch in dogmatischer Hinsicht scheint eine Grenzziehung geboten: Der unzweifelhafte<sup>1010</sup> Verfahrensgrundsatz der Formalisierung wäre ohne gesetzliche Handhabe durchbrochen. Geht man von der Prämisse aus, dass die Vollstreckung, nicht ohne weiteres materielle Aspekte des Erkenntnisverfahrens berücksichtigen darf, so folgt daraus zwingend, dass die Vollstreckungsorgane im Rahmen des Vollstreckungsverfahrens<sup>1011</sup> auch nicht wieder auf die Ebene des Erkenntnisverfahrens überwechseln können. Bei genauerer Betrachtung darf grundsätzlich nichts anderes gelten, wenn die Entscheidungsfindung lediglich auf eine fachliche Instanz ausgelagert wird.

Es darf zu keiner Zeit ausgeblendet werden, welche Konsequenz eine vermehrte Belastung der Vollstreckungsorgane bis hin zu einer drohenden Überlastung hätte. Wird die Arbeitsfähigkeit der Organe beeinträchtigt, so bedeutet dies wiederum eine Benachteiligung der Gläubigerinteressen an einer effektiven und zeitnahen Vollstreckung. In der Praxis wartet der Gläubiger in der Regel ja ohnehin schon einen langen Zeitraum auf die Leistung durch den Schuldner und nunmehr auf deren zwangsweise Durchführung. Neben dem Ärger und Zeitaufwand können dem Gläubiger handfeste Nachteile entstehen: So ist Geld finanzmathematisch gesehen mehr wert, je eher man es hat.<sup>1012</sup> Vergleichbar kann nicht genutzt oder gewinnbringend eingesetzt (etwa vermietet) werden oder es muss auf eigene Kosten eine ersatzweise Unterbringung erfolgen, wenn ein geltend gemachter Eigenbedarf nicht realisiert werden kann. Dem kann man auch nicht pauschal mit dem Argument begegnen, dass in materieller Hinsicht etwa die offene Forderung zu verzinsen ist und der Schuldner nach § 788 Abs. 1 ZPO grundsätzlich die Kosten der Zwangsvollstreckung zu tragen hat. Zunächst stehen dem Gläubiger im Rahmen des § 788 Abs. 1 ZPO zwar auch vorbereitende Kosten zu, sofern diese notwendig waren sowie die Kosten, die zum Betrieb der Zwangsvollstreckung gehören.<sup>1013</sup> Jedoch sind die oben aufgeführten

---

<sup>1010</sup> Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 6.53.

<sup>1011</sup> Zur Präzisierung: Das Erkenntnisverfahren kann etwa über § 767 ZPO (erneut) eröffnet werden.

<sup>1012</sup> Dies ist der sogenannte Zeitwert des Geldes, welcher – vereinfacht – besagt, dass aufgrund der Möglichkeit mit Kapital Zinsen zu erwirtschaften, die Größe des Kapitals von dem Zeitpunkt der Betrachtung abhängt, siehe bei Langenbahn, Quantitative Methoden der Wirtschaftswissenschaften, S. 1, 2.

<sup>1013</sup> Siehe die kasuistische Darstellung der erstattungsfähigen Positionen bei Kindl/Meller-Hannich/Wolf/Kessel, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, § 788, Rn. 33 – 106.

Positionen häufig gerade nicht erstattungsfähig.<sup>1014</sup> Der Gläubiger trägt schließlich alleine das Risiko, dass der Schuldner letztendlich die Kosten nicht ersetzen kann.

## 2. Die erweiternde Auslegung des bestehenden Schuldnerschutzes

Nunmehr kann erwogen werden, den Schuldnerschutz durch extensive der Auslegung bestehenden Schuldnerschutzvorschriften zu erweitern. Fraglich ist dabei zunächst, ob eine solche Vorgehensweise in Anbetracht der bestehenden Regelungen *zulässig* erscheint. Sodann müsste eine Erweiterung des Schuldnerschutzes mit Blick auf das Interessengefüge im Vollstreckungsrecht *geboten* sein. Erst dann ließen sich verallgemeinerungsfähige, abstrakte Schlüsse ziehen.

### a. Die Zulässigkeit einer Erweiterung

Das Vollstreckungsrecht ist häufig von der höchstrichterlichen und ohnehin der verfassungsrechtlichen Rechtsprechung geprägt. Als Reaktion auf Forderungen des Bundesverfassungsgerichts, durch den Schutz vor Verschleuderung die Grundrechte des Schuldners zu wahren,<sup>1015</sup> erweiterte der Gesetzgeber beispielsweise den Verschleuderungsschutz durch die Einführung des § 85a ZVG auch auf Fälle der Immobilier-Versteigerung<sup>1016</sup>. Das Zwangsvollstreckungsrecht ist grundsätzlich weitestgehend durchnormiert und stellt im Bereich der Vollstreckungsarten spezielle Schutznormen bereit. Zuletzt besteht zumindest theoretisch<sup>1017</sup> eine Generalklausel mit § 765a ZPO. Der BGH legt auch die gesetzlichen Vorschriften, die das Verhältnis von Schuldner- und Gläubigerinteressen regeln, verfassungskonform aus, sofern dies im Einzelfall erforderlich ist.<sup>1018</sup> Weitergehend nahmen sie kürzlich eine gewisse Erweiterung des Schuldnerschutzes vor, indem sie die Schutzaussage einer Schuldnerschutznorm über den eigentlichen Anwendungsbereich hinaus erstreckten.<sup>1019</sup> Dabei subtrahierten die Richter einen allgemeinen Rechtsgedanken aus § 818 ZPO und übertrugen diesen auf die Prüfung des § 825 ZPO. Voraussetzung dafür war nach Auffassung

---

<sup>1014</sup> Zum Zinsverlust siehe OLG Hamm, MDR 1982, 416 oder die Kosten für die Beschaffung ersatzweise notwendigen Kapitals, OLG Düsseldorf, RPflegler 1981, 121, OLG Köln, AnwBl. 1987, 288.

<sup>1015</sup> BVerfGE 42, 64, 64 ff.; 46, 325, 326 ff.

<sup>1016</sup> Gerhardt, ZZP 1982, 467, 489.

<sup>1017</sup> Siehe zu dem praktisch engen Anwendungsbereich „Teil 2 A.I.4.b.“.

<sup>1018</sup> Im Fall BGHZ 160, 197, bejahte das Gericht eine gläubigerfreundliche Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 851 ZPO, siehe schon vorstehend „Teil 2 A.I.4.a.“.

<sup>1019</sup> BGHZ 170, 243, 248; siehe schon vorstehend „Teil 2 A.I.4.c.“.



der Richter, dass eine vergleichbare Interessenlage gegeben sei. Dagegen hat der BGH eine allgemeine Erweiterung des Schuldnerschutzes durch eine Analogie zu den Schuldnerschutzvorschriften der §§ 811, 850 ff. ZPO abgelehnt.<sup>1020</sup> Gemäß höchstrichterlicher Rechtsprechung erscheint es also möglich, allgemeine Rechtsgedanken zu übertragen, um damit den Schuldnerschutz *im Einzelfall* auszudehnen.

## b. Gebotenheit – Für und Wider der Erweiterung des bestehenden Schuldnerschutzes

In der Literatur werden größere Reformen derzeit abgelehnt, da die Grenze der verfassungsrechtlichen Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes erreicht sei.<sup>1021</sup> Daher fragt es sich, ob eine Erweiterung des Schuldnerschutzes über die entschiedenen Einzelfälle der Rechtsprechung hinaus überhaupt geboten erscheint.

Einerseits wird die derzeitige Regelungslage als ausnormiert angesehen.<sup>1022</sup> Der Gesetzgeber hat eine Entscheidung getroffen, wie der Interessenkonflikt zu lösen- und welches (Mindest-)maß an Schutz für den Schuldner zu gewährleisten sei. Schließlich gibt es mit der Generalklausel des § 765a ZPO einen Auffangtatbestand für unbillige Ergebnisse auf Seiten des Schuldners. Diesen wiederum gelte es restriktiv auszulegen und insbesondere nach allgemeinen Grundsätzen nur subsidiär gegenüber den spezielleren Tatbeständen. Als Auffangtatbestand mit Einfallstor für die verfassungsrechtlichen Wertungen darf dieser nicht zu einer verkappten weiteren Voraussetzung des Zwangsvollstreckungsverfahrens werden. Betrachte man alleine den Wortlaut der Norm, so würden alle Zweifel im Keim erstickt, da das Antragsbedürfnis gerade die Vollstreckung zum Regelfall und die Aussetzung zur Ausnahme macht.<sup>1023</sup>

Diese unstrittige Erkenntnis vorangestellt, lässt sich allerdings folgende Erwägung anstellen. Der in der Literatur übliche Schluss, der Schuldnerschutz sei ausreichend geregelt, da es zunächst eine Vielzahl von Spezialvorschriften gäbe und „notfalls“ unbillige Härten durch § 765a ZPO abgefedert werden könnten, darf nicht zum Selbstverständnis werden. Denn mit der zum Teil parallel verlaufenden Argumentation wird schließlich auch der Anwendungsbereich des § 765a ZPO begrenzt. Das gängige „systematische Zusammenspiel“ von Spezialtatbeständen

---

<sup>1020</sup> BGH WuM 2005, 138, 138 f., eingehend schon „Teil 2 A.I.4.a.“.

<sup>1021</sup> Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 4.30.

<sup>1022</sup> Gaul/Schilken/Becker-Eberhardt, § 3 Rn. 54.

<sup>1023</sup> Gaul/Schilken/Becker-Eberhardt, § 3 Rn. 54.

und einer Generalklausel darf nicht gleichzeitig als Argument gegen Bemühungen der Ausweitung des Schuldnerschutzes verwendet werden, da ja schließlich ein (potenziell all-) umfassender Schutz möglich sei. Denn tatsächlich ist der Auf-  
fangtatbestand seinerseits wie gezeigt praktisch nicht in der Lage einen umfassenden Schutz zu bieten. Dieser, bei genauer Betrachtung inkonsistente Schluss, führt letztendlich zu einer „Verkürzung“ des bestehenden Schuldnerschutzes.

Weiterhin ist es sogar anerkannt, dass unbefriedigende Ergebnisse trotz eindeutigen Wortlaut korrigiert werden können.<sup>1024</sup> So stellt sich im Rahmen der Vollstreckung im Personengesellschaftsrecht die Frage, wie ein zwischenzeitliches Erstarken einer GbR zu einer OHG zu behandeln ist. Dem Wortlaut nach unterliefe die Gesellschaft nunmehr dem § 129 Abs. 4 HGB, wonach die Vollstreckung gegen die OHG-Gesellschafter aus einem gegen die Gesellschaft gerichteten Titel nicht möglich wäre. Dies hätte aber zur Folge, dass der Gläubiger der ursprünglichen GbR paradoxer Weise bei der gesteigerten wirtschaftlichen Stärke seines Vertragspartners nunmehr eine geschwächte Stellung im Prozess hätte, da er die Gesellschafter nicht mehr zu greifen bekäme.<sup>1025</sup> Daher lässt man eine Korrektur zu, indem der Anwendungsbereich der Norm teleologisch reduziert wird.

Allerdings stellt der Schutz des Schuldners keinen Selbstzweck dar. Dem vollstreckungsimmanenten Gläubigerinteresse müssen nicht stets die Schuldnerinteressen gegenübergestellt werden. Vielmehr muss der Schuldnerschutz seine Legitimation im Einzelfall dadurch erhalten, dass er erforderlich ist. Anderenfalls würde man das systematische Regel-Ausnahme Verhältnis umkehren. Dies lässt sich exemplarisch am Pfändungsschutz für Arbeitseinkommen verdeutlichen. Danach bestimmt § 850 Abs. 1 ZPO, dass eine Pfändbarkeit nur eingeschränkt nach den §§ 850 ff. ZPO zulässig ist. In systematischer Hinsicht ist der Pfändungsschutz sodann gestaffelt ausgestaltet. Unpfändbar sind zunächst diejenigen Forderungen im Sinne des § 850a ZPO. Sodann bedingt § 850b ZPO die Pfändbarkeit von bestimmten Renten- und Versorgungsbezügen (Abs. 1 Nr. 1 - 4), deren Pfändung nur ausnahmsweise zulässig ist, sofern eine Befriedigung des Gläubigers nicht schon durch eine Vollstreckung in das bewegliche Vermögen des Schuldners er-

---

<sup>1024</sup> Vgl. zum Ganzen Schuschke/Walker/Schuschke, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Vor § 736. Rn. 9.

<sup>1025</sup> Schuschke/Walker/Schuschke, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, Vor § 736. Rn. 9.

reicht werden kann und nicht unbillig ist, § 850b Abs. 2 ZPO. Die Pfändung erfolgt dann nach Maßgabe der beschränkten Pfändbarkeit von Arbeitseinkommen, für welche insbesondere die Pfändbarkeitsgrenzen des § 850c ZPO Schranken setzen. Die Systematik des gestaffelten Schuldnerschutzes lässt erneut die gesetzgeberische Wertung erkennen, dass die Vollstreckung zulässig sein soll und eine Beschränkung nur vorgesehen ist, *soweit* ein Mindestmaß an sozialem Schutz erforderlich ist.

Eine Stärkung erfährt die Position des Gläubigers in gewisser Weise dadurch, dass § 851 Abs. 2 ZPO eine Durchbrechung der allgemeinen Verknüpfung von (materiell-rechtlicher) Abtretbarkeit (im Sinne der §§ 398 ff. BGB) und (zivilprozessualer) Pfändbarkeit darstellt. Nach § 851 Abs. 1 ZPO sind nur solche Forderungen der Pfändung unterworfen, die nach materiellem Recht abtretbar sind. Dadurch wird ein Gleichlauf geschaffen, da beiden Fällen die Übertragung von Rechten auf den Zessionar beziehungsweise den Vollstreckungsgläubiger gemein ist. Gleichzeitig erfordert die Abtretbarkeit einer Forderung gemäß § 400 BGB deren Pfändbarkeit, was wiederum die schuldnerschützenden Wertungen des Prozessrechts in den privatrechtlichen Bereich ausstrahlen lässt. Von Bedeutung ist, dass § 851 Abs. 2 ZPO unter bestimmten Voraussetzungen die Pfändung bei Ansprüchen zulässt, die nach § 399 BGB, also aufgrund Parteivereinbarung, unübertragbar sind. Der Entziehung des Vollstreckungszugriffs seitens des Schuldners wird ein Riegel vorgeschoben. Eine Interessenabwägung findet hierbei gerade nicht statt, was den Schuldner oder Dritte auf ein Vorgehen nach § 766 ZPO verweist,<sup>1026</sup> und den Vorrang der Vollstreckung verdeutlicht.

Mit dem Inkrafttreten der neuen Insolvenzordnung wurde 1999 die Möglichkeit der Restschuldbefreiung eingeführt.<sup>1027</sup> Unter den geregelten Voraussetzungen können Schuldnern ausstehende Forderungen erlassen werden, die diese nicht bezahlen können. Dies ist ein klares Zeichen, dass natürliche Personen als Marktteilnehmer aus dem Markt nicht zu „entfernen“ sind.<sup>1028</sup> Dadurch wird dem Gläubiger die Nachforderung allerdings verwehrt. Daraus folgt, dass der Schuldner ab einem gewissen Maß der Überschuldung auf Antrag das Regelinsolvenzverfahren beziehungsweise Verbraucherinsolvenzverfahren einleiten kann. Dies führt gemäß § 301 InsO zwar nicht zum Erlöschen der Forderung, allerdings

---

<sup>1026</sup> MüKo/ZPO/Smid, § 851, Rn. 18.

<sup>1027</sup> BGBl. I S. 2866.

<sup>1028</sup> Keller/Keller, HdbZV, A., Rn. 33 begrüßt diese Möglichkeit im Zwangsvollstreckungsrecht bei natürlichen Personen.

kann der Schuldner die Leistung dauerhaft verweigern. Die Forderungen werden zu Naturalobligationen. Abgesehen von der sozialstaatlichen Gebotenheit eines solchen Instruments bedeutet dies in letzter Konsequenz, dass der Schuldner seine Zeche über einen gewissen Punkt hinaus nicht zu bezahlen hat. Diese – richtige – Entscheidung zugunsten der Schutzwürdigkeit natürlicher Personen, muss gleichwohl bei der Bewertung des Spannungsfelds zwischen Schuldner und Gläubiger im Rahmen der Zwangsvollstreckung berücksichtigt werden. Stets versuchte der Gesetzgeber stets das Interessengefüge zwischen Gläubiger und Schuldner im beabsichtigten Gleichgewicht zu halten. So reagierte er 2009 auf den überkommenen Bereich der Sachaufklärung bei Pfändungen mit einer Beschleunigung und Stärkung der Möglichkeiten der Informationsbeschaffung des Gläubigers.<sup>1029</sup>

Die ZPO sieht im Bereich der Forderungspfändung Vorschriften vor, die einen abweichenden Pfändungsschutz ermöglichen. Zweck dieser Vorschriften über die privilegierten Forderungen (§ 850a-d ZPO) ist der sozialstaatlich motivierte Schutz *sowohl* des Schuldners als auch des Gläubigers.<sup>1030</sup> Der Gesetzgeber hat also neben dem Schutz der Schuldner vor erdrückenden und sozialetisch unverträglichen Folgen von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen grundsätzlich auch den Gläubiger im Blick. Es widerspricht demnach dem gesetzgeberischen Willen, für die Beantwortung der Frage, inwieweit man das verfassungsmäßige Recht des Gläubigers auf Durchsetzung seines Anspruchs einschränken dürfe, den Blickwinkel einseitig auf den sozial gebotenen Schuldnerschutz zu verengen.

Interessant ist ferner die gesetzliche Verteilung der Kosten der Zwangsvollstreckung in § 788 ZPO. Danach trägt grundsätzlich der Schuldner die Kosten gemäß Absatz 1. Eine Ausnahme ist in Absatz 4 vorgesehen. In den dort abschließend

---

<sup>1029</sup> BT-Drs. 16/10069.

<sup>1030</sup> Hinsichtlich des Gläubigers im Ergebnis so auch bei *Baur/Stürns/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 24.26. Gleichwohl könnte man erwägen, ob sich die Regelung des § 850h ZPO bei genauerer Betrachtung nicht als Erweiterung der Pfändbarkeit darstellen, so in Rn. 24.42, sondern als Mittel der Einhaltung der bestehenden Pfändungsbeschränkungen. Diese vorgesehenen Pfändungsgrenzen werden zur Vermeidung von sogenannten Lohnverschleierungen und Lohnschiebungen „geöffnet“, um dem Gläubiger den Zugriff auf einen Betrag zu ermöglichen, der ohne schädigendes Verhalten des Schuldners verfügbar wäre. Daher scheint es näherliegend, hierhin keine wirkliche Erweiterung der Pfändbarkeit zu Gunsten des Gläubigers anzusehen, sondern gerade die Durchsetzung der vom Gesetzgeber festgelegten Grenzen.

geregelten Fällen,<sup>1031</sup> trägt der Gläubiger die Kosten (nur) der besonderen Maßnahme, sofern dies aus besonderen Gründen der Billigkeit entspricht. Erfasst sind etwa die Schuldnerschutzmechanismen der Austauschpfändung §§ 811 a, b ZPO sowie der Generalklausel § 765a ZPO. Damit enthält das Zwangsvollstreckungsrecht eine vom Erkenntnisverfahren unabhängige Kostenregelung. Die Verteilung der Kosten ist im Grundsatz jedoch vergleichbar. Der Zweck der Ausnahmenvorschrift ist eine Verteilung der (zusätzlich anfallenden) Kosten auf den Gläubiger, wenn dieser offensichtlich aussichtslos eine Vollstreckung betreibt, die den Schuldnerschutzinteressen zuwiderläuft.<sup>1032</sup> Dann könnte man, bei geboten enger Auslegung, dem Gläubiger den Vorwurf der Unbilligkeit machen. Der Gläubiger wird also angehalten, in bestimmten Fällen nicht das ganze gesetzlich denkbare Repertoire der Zwangsvollstreckungsinstrumentarien *um jeden Preis* auszuschöpfen. Unabhängig von der Frage der Fairness und Berechtigung einer Abfederung derjenigen Kosten, die maßgeblich erst durch das Gläubigerverhalten entstehen, muss dieser Aspekt in die Gesamtbetrachtung der Balance zwischen Gläubiger- und Schuldnerinteressen einfließen.

Schließlich ist auch der unzweideutige Wille des historischen Gesetzgebers zu berücksichtigen. Als der Bund der deutschen Rechtspfleger eine allgemeine Verhältnismäßigkeitsprüfung installieren wollte,<sup>1033</sup> trat der Gesetzgeber dem entgegen. Die Schranke einer Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Antrag des Schuldners hätte – abgesehen von den Folgeproblemen der Umsetzung – eine erhebliche Ausweitung des Schuldnerschutzes bedeutet. Der Gläubiger hätte nicht mehr grundsätzlich vollstrecken können und nur in den vereinzelt vorgesehenen Fällen hätte eine *Beschränkung insbesondere der Auswirkungen* von Amts wegen beziehungsweise auf Antrag des Schuldners im Rahmen von § 765a ZPO stattgefunden. Vielmehr wäre das verfassungsmäßige Recht des Gläubigers seine Ansprüche durchzusetzen auf die Fälle zusammengedampft, die nicht unverhältnismäßig wären.

---

<sup>1031</sup> MüKo/ZPO/Schmidt/Brinkmann, § 788, Rn. 52 m.w.N. auch zur vereinzelt vertretenen weitergehenden Auslegung.

<sup>1032</sup> Wohl h.M. siehe etwa MüKo/ZPO/Schmidt/Brinkmann, § 788, Rn. 54, dessen Unterscheidung zwischen den Fällen der Austauschpfändung und den Übrigen nicht zwingend erscheint. Sämtliche Fälle knüpfen maßgeblich an dem Erfolg bzw. den Erfolgchancen der Vollstreckungsmaßnahme des Gläubigers an und haben somit zum Ziel die unnötigen Kosten einer sinn- da aussichtslosen Vollstreckung zu vermeiden.

<sup>1033</sup> Gaul/Schilken/Becker-Eberhard, Zwangsvollstreckung, § 3 Rn. 56 dort in Fußn. 210, indem § 765a ZPO dahingehend abgeändert wird, dass „gute Sitten“ gegen „Verhältnismäßigkeit“ ersetzt wird.

Gleichermaßen sind die in der Literatur kursierenden Fallgruppen der *rechtsmissbräuchlichen Vollstreckung* und des *fehlenden Vollstreckungsinteresses* dem Grunde nach abzulehnen.<sup>1034</sup> Es fehlt eine gesetzliche Handhabe für eine solch weitgehende pauschale Einschränkung der Gläubigerinteressen, effektiv zu vollstrecken. Man wird eine solche Wertung nur dort berücksichtigen können, wo das Gesetz einen Anknüpfungspunkt bietet. Ein Korrektiv der Zwangsvollstreckung über den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) zu suchen, krankt an der Verknüpfung mit der Motivation des Gläubigers. Sofern im Erkenntnisverfahren der Anspruch des Gläubigers rechtmäßig festgestellt wurde, ist die Realisierung dessen zunächst nur stringent. Im Übrigen ist das Motiv des Gläubigers, den materiell bestehenden Anspruch tatsächlich durchzusetzen, unerheblich.

Der BGH hat im Rahmen von den sogenannten *Untermietkonstellationen* erneut klargestellt, dass für Billigkeitserwägungen grundsätzlich kein Raum sei.<sup>1035</sup> Das Zwangsvollstreckungsverfahren biete schon keinen Raum für materiell-rechtliche Erwägungen. Daher dürften erst Recht Billigkeitserwägungen nicht zu einer Aushebelung der anerkannten Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung führen. Dies ergebe sich schon daraus, dass der Gerichtsvollzieher im formalisierten Vollstreckungsverfahren überfordert würde.

Der Versuch einer abstrakten Ausweitung des Schutzes der Interessen des Schuldners darf nicht aus den Augen verlieren, wer welche Sphäre verantwortet. Überlasse der Staat alleine dem Gläubiger als Bürger die Lösung von schwer- oder unlösbaren Konflikten, käme dies einer Enteignung gleich.<sup>1036</sup> Jede Korrektur der Interessengewichtung zu Gunsten des Schuldners würde einen Einsatz seitens des Staates die Gläubigerposition spiegelbildlich beeinträchtigen. Es wäre also verfehlt, mit sozialstaatlichen Erwägungen im Bereich der Bürger auf Augenhöhe den Gläubiger über Gebühr zum Stillhalten zu zwingen. Ausgehend von der ebenfalls verfassungsmäßig geschützten Eigentümerstellung müsste jedenfalls aus verfassungsrechtlichen Grundsätzen dafür – vergleichbar mit den bisherigen Regelungen der Zwangsvollstreckung – zumindest eine gesetzliche Regelung zur Rechtfertigung verlangen.

---

<sup>1034</sup> Baur/Stürner/Bruns, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 6.56, 6.67.

<sup>1035</sup> BGH, NJW 2008, 3287, 3287 f., wonach selbst bei deutlichen Anzeichen für einen gezielten Abschluss eines Untermietvertrags zwischen dem ursprünglichen Mieter und einem Dritten zur Vereitelung der Räumungsvollstreckung ein Vollstreckungstitel erforderlich sei.

<sup>1036</sup> BGH, NJW 2005, 1859, 1860; zustimmend Schuschke, NJW 2006, 874, 876.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass der bestehende Schuldnerschutz im Großen und Ganzen seinen Zweck, einen Schutz zu gewährleisten, *soweit* dieser nötig ist, erfüllt. Zweifelsfrei wird die Rechtsprechung in besonders gelagerten Einzelfällen bemüht sein, bestehende Konflikte in einen Ausgleich zu bringen. Ein pauschales Zugeständnis an die Schuldner muss aus den aufgeführten Gründen ausscheiden. Gleichwohl ist der bestehende gesetzliche Rahmen stets punktuellen Aktualisierungen zugänglich gewesen.

### 3. Anknüpfungspunkt: Drittinteressen

Weiterhin ist zu fragen, ob sich ein Ausgleich der Beeinträchtigungen durch die Zwangsvollstreckungsmaßnahmen bei Dritten herstellen lässt. Die Auswirkungen der Rechtsdurchsetzung im Wege der Zwangsvollstreckung werden, angesichts der mehrseitigen Rechtsverhältnisse in der GmbH,<sup>1037</sup> oftmals das zweiseitige Prozessverhältnis überschreiten. Dafür könnten einerseits Interessen Dritter im Rahmen der Spannungslage zwischen den Gläubiger- und Schuldnerinteressen berücksichtigt werden. Anderenfalls könnte eine Übertragung von Vorschriften zum Schutz des Schuldners auf Dritte in Betracht kommen.

#### a. Berücksichtigung nachteiliger Folgen bei Dritten

Eine Möglichkeit wäre es, die durch eine Vollstreckungsmaßnahme bei Dritten entstehenden Nachteile mit zu berücksichtigen. Diesen Weg geht im Prinzip schon *Wieser*,<sup>1038</sup> der auch die Nachteile sekundärer Natur ins Auge fasst. Dabei unterteilt er weiter nach den einzelnen Vollstreckungsmaßnahmen und zeigt die unterschiedlich Auswirkungen bei Dritten auf.<sup>1039</sup> Im Bereich der Pfändung sei der sekundäre Schaden stets allein maßgeblich. Dabei geht *Wieser* so weit, auch die späteren Folgen der Pfändung zu berücksichtigen. Er macht dies an einem gepfändeten Unternehmensgegenstand fest, ohne den der Betrieb nicht mehr gleichbleibend arbeiten kann. Dieser an sich zu begrüßende Ansatz, auch Schäden oder Nachteile bei mehr oder minder unbeteiligten, außenstehenden Dritten mit in der Abwägung zu berücksichtigen, ist allerdings nicht zu realisieren, ohne eben eine Abwägung in das Verfahren der Zwangsvollstreckung aufzunehmen.

---

<sup>1037</sup> Vgl. dazu schon *Schwab*, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, Vorwort, S. V; zur Drittschuldner-eigenschaft der GmbH siehe eingehend unter „Teil 3 A.I.2.“ sowie zum gesamtgesellschaftlichen Interessengeflecht „Teil 4 A.“.

<sup>1038</sup> *Wieser*, ZZP 1985, 50 ff.

<sup>1039</sup> *Wieser*, ZZP 1985, 50, 52 f.

Anders gewendet: Eine Erweiterung des Blickwinkels auch auf die der Maßnahme entgegenstehende Gründe bei Dritten erfordert zwangslösig, dass überhaupt der Blick nach Gründen beim Schuldner gehoben wird. Wie allerdings eingangs festgestellt, ist ein solches Instrumentarium einer allgemeinen Abwägung der „Vor- und Nachteile der Vollstreckungsmaßnahme“ nicht vorgesehen. Im Rahmen der bestehenden Vorschriften erfassen die Schuldnerschutzvorschriften die Belange Dritter regelmäßig nicht. Dritte sind zumeist darauf verwiesen, ihrerseits den Schutz ihrer Rechte durchzusetzen.<sup>1040</sup> Das Zwangsvollstreckungsrecht ist der Sache nach ein Zweiparteienverfahren, das nur gelegentlich einen Drittbezug aufweist. Der Dritte ist häufig nur von den Folgen der Maßnahme betroffen, etwa als Drittschuldner im Rahmen der Forderungspfändung.

Hervorzuheben ist an dieser Stelle die Rechtsprechungsentwicklung. Seitdem der BGH verlangt, dass gegen die Mitgewahrsamsinhaber im Rahmen des § 885 ZPO ein eigener Räumungstitel ergeht, hat er diese gewissermaßen aus dem Status des Dritten zu einem Verfahrensbeteiligten gemacht. Die Räumungsvollstreckung gegen einen Untermieter erfordert nunmehr einen gegen diesen gerichteten Vollstreckungstitel nach § 750 ZPO. Im Fall ging es darum zu entscheiden, ob der die Weigerung des Gerichtsvollziehers gegen die Untermieterin, als Besitzerin der Räumlichkeiten zu vollstrecken, ohne dass ein gesonderter Titel gegen diese vorlag, zulässig war.<sup>1041</sup> Die Gläubigerin legte daraufhin Erinnerung (§ 766 ZPO) ein. Das nach deren Zurückweisung und erfolgloser sofortiger Beschwerde beim Landgericht mit der Sache befasste Beschwerdegericht verlagerte das Problem. Danach sei es an der Untermieterin gewesen, ihren Besitz im Wege der Erinnerung oder Vollstreckungsgegenklage geltend zu machen. Nach materiellem Recht sei die Pflicht zur Herausgabe eindeutig. Auch ein Untermietvertrag mache einen Titel nicht erforderlich, da die Gläubigerinteressen an effektiver Vollstreckung zu weit beschnitten würden. Daraufhin betonte der BGH das Erfordernis eines Vollstreckungstitels, der sämtliche Personen nennt, gegen die vollstreckt werden soll. Für materiell-rechtliche Erwägungen oder Gesichtspunkte der Billigkeit sei hingegen kein Raum. Der BGH hat seine Haltung 2008 bekräftigt und betont, dass selbst bei deutlichen Anzeichen für einen gezielten Abschluss eines Untermietvertrags zur Vereitelung der Räumungsvollstreckung

---

<sup>1040</sup> „Teil 2 A.I.4.d.“

<sup>1041</sup> BGH, NJW-RR 2003, 1450.



ein Titel erforderlich sei.<sup>1042</sup> Mit einem Erst-Recht-Schluss könnten Billigkeits-erwägungen nicht zu einer Aushebelung der anerkannten Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung führen, wenn schon für materiell-rechtliche Erwägungen kein Raum sei. Dies ergebe sich schon daraus, dass der Gerichtsvollzieher im formalisierten Vollstreckungsverfahren überfordert würde. Somit führt die Behandlung einer Person als Schuldner, obwohl diese zunächst nicht selbst Partei im Zwangsvollstreckungsverfahren war, zu einer Stellung als Partei. Dies hat zur Konsequenz, dass nunmehr auch die für den Schuldner vorgesehenen Schutzvorschriften greifen.

Bisher ist die Frage höchstrichterlich allerdings leider auf die Fälle beschränkt, dass Räumungstitel auch an die Mitbewohner ergehen müssen, da diese eigentlich dem Gläubiger die Herausgabe schulden.

## b. Übertragung des Schuldnerschutzes auf Dritte

Im Folgenden soll daher der Frage nachgegangen werden, ob der Schuldnerschutz auf Dritte übertragen werden kann. Dafür könnte man die bestehenden Schutzmechanismen – soweit passend – *vervielfältigen*<sup>1043</sup> beziehungsweise untersuchen, inwieweit anderenfalls ein Schutz der Interessen Dritter analog den Bestimmungen des Schuldnerschutzes hergeleitet werden kann.

### *aa. Meinungsstand zur Geltendmachung von Einwendungen durch Dritte*

In gewisser Weise vorgelagert ist die in Rechtsprechung und Literatur aufmerksam diskutierte Frage, ob auch dem Drittschuldner die Einwendungen gegen den Pfändungsgläubiger zustehen. Obgleich diese Kontroverse nur einen Ausschnitt der übergeordneten Fragestellung betrifft, erscheint es fruchtbar, die vergleichbare Interessenlage herauszuarbeiten.

Der eigentliche Streit besteht hinsichtlich der Frage, ob die übrigen Einwendungen – insbesondere der §§ 850 ff. ZPO – die im Einziehungsprozess dem Schuldner zustehen, auch durch den Drittschuldner dem Gläubiger gegen die zugrundeliegende Titelforderung entgegengehalten werden können. Der Kern dieser Prob-

---

<sup>1042</sup> BGH, NJW 2008, 3287, 3287 f., siehe schon „Teil 4 B.I.2.“.

<sup>1043</sup> Die Überlegung der Vervielfältigung von Rechten entstammt schon der Arbeit von *Hirsch*, Die Übertragung der Rechtsausübung, Teil 1, S. 212 f.

lematik liegt damit richtigerweise abseits von Fällen der Ungültigkeit und Unwirksamkeit von Pfändungen.<sup>1044</sup> Weiterhin besteht grundlegend Einigkeit dahingehend, dass sich der Drittschuldner im Prozess mit dem Pfandrechtsgläubiger auf die Einwendung der Unabtretbarkeit der Forderung berufen kann.<sup>1045</sup> Dies hat im Vollstreckungsverfahren die Unpfändbarkeit der Forderung nach § 851 ZPO zur Folge. Damit kann sich der Drittschuldner im Ergebnis auf eine Einwendung des Schuldners berufen und somit gegen die Vollstreckung des Gläubigers wehren. Daraus ergibt sich die Konkurrenz zu der Erinnerung nach § 766 ZPO.

Zum Anwendungsbereich der §§ 850 ff. ZPO erging das ausschlaggebende Urteil 1976. Das Bundesarbeitsgericht hat in einem Fall der Drittschuldnerstellung des Arbeitgebers<sup>1046</sup> entschieden, dass diesem die Einwendungen der §§ 850 ff. ZPO des Schuldners zustünden. Im Fall pfändete die Klägerin die sogenannte Arbeitnehmersparzulage und ließ sich diese zur Einziehung überweisen. Als der Arbeitgeber die Zahlung mit Verweis auf den Lohnpfändungsschutz der §§ 850 ff. ZPO verweigerte, entstand zunächst ein Streit über den tatbestandlichen Anwendungsbereich. In der Entscheidung des BAG setzten sich die Richter mit der Rechtsstellung des Arbeitgebers als Drittschuldner auseinander. Sehr detailliert geht die Entscheidung auf die Pfändbarkeit der Sparzulagen ein. In der Literatur wird im Anschluss daran vertreten, dass dem Gläubiger wegen Verstoßes gegen das Pfändungsverbot kein Pfändungspfandrecht und demnach keine Einziehungsermächtigung zustehe.<sup>1047</sup> Eine Unterscheidung dahingehend, ob ein Pfändungspfandrecht aus materiell-rechtlichen Gründen nicht entstehe, oder ein Pfändungsverbot letztlich die Entstehung verhindere, sei dabei nicht geboten.<sup>1048</sup> Durch den Pfändungsbeschluss solle gerade die Verfügung des Schuldners ersetzt werden, weshalb ein fehlender Beschluss einer fehlenden Verfügung gleichzustellen sei.<sup>1049</sup>

---

<sup>1044</sup> Insoweit die Rechtsprechung nahezu einhellig, siehe etwa BGHZ 70, 313, 317; BAG, NJW 1989, 2148, 2148 f.; anders wohl nur AG Nürnberg VersR 2013, 43. In der Literatur ebenfalls einhellige Meinung, dass in diesen Fällen dem Gläubiger die Berechtigung zur Einziehung der Forderung fehle, *Gaul/Schilken/Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 55, Rn. 56; *Stein/Jonas/Brehm*, ZPO, § 829, Rn. 108 m.w.N.; *MüKo/ZPO/Smid*, § 829, Rn. 64.

<sup>1045</sup> Grundlegend BGH, RPfleger 1978, 248, 249 m.w.N.

<sup>1046</sup> Wohl Ausgangspunkt in der neueren Rechtsprechung BAG, NJW 1977, 75.

<sup>1047</sup> *Baur/Stürns/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 24.36.

<sup>1048</sup> *Baur/Stürns/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 24.36.

<sup>1049</sup> *Stein/Jonas/Brehm*, ZPO, § 829, Rn. 111.

Sofern das Vollstreckungsgericht allerdings durch den Richterspruch die Rechtslage gestalte, sei diese bindend und Einwendungen Dritter kämen nicht in Betracht. Dies sei etwa bei § 850f ZPO der Fall, in dem der Richter die Pfändungsgrenze festsetzt.<sup>1050</sup>

Die wohl vorherrschende Meinung lehnt dies allerdings ab.<sup>1051</sup> Dem Drittschuldner stünden die Einwendungen des Schuldners grundsätzlich nicht zu.<sup>1052</sup> Solange der Pfändungsbeschluss nicht aufgehoben wurde, bestehe für den Drittschuldner lediglich die Möglichkeit Erinnerung einzulegen (§ 766 ZPO). Das Hauptargument ist dabei die Gefährdung der Prozessökonomie, sofern man dem Drittschuldner (auch) den Weg eröffne, die Pfändbarkeit im Prozess vor einem weniger sachkundigen Gericht zu klären.<sup>1053</sup> Weiterhin sieht sich dieser Ansatz im Einklang mit dem Dogma, dass die Fehlerhaftigkeit von Staatsakten nur im Ausnahmefall deren Nichtigkeit bedeute.<sup>1054</sup>

### *bb. Stellungnahme*

Dem teilweise vorgebrachten Argument der Prozessökonomie wird wiederum mit dem Argument begegnet, dass eine Erinnerung, in Ermangelung einer weitergehenden Prüfungskompetenz, nicht zwingend besser<sup>1055</sup> geeignet sei, die Pfändbarkeit zu klären. Die bezweckte Trennung des Erkenntnisverfahrens und des Vollstreckungsverfahrens, darf nicht ohne weiteres nivelliert werden.<sup>1056</sup> Eine abschließende Entscheidung der Frage, ob eine rechtsgestaltende Wirkung dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss im Allgemeinen zukommt,<sup>1057</sup> oder nur in den Fällen der Festsetzung der Pfändbarkeitsgrenzen im Rahmen von § 850 f. ZPO, soll hier dahinstehen. Das Vollstreckungsverfahren sieht eine

---

<sup>1050</sup> *Baur/Stürns/Bruns*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 24.36, der in dieser Hinsicht der Gegenauffassung Recht gibt.

<sup>1051</sup> BGHZ 66, 79, 81; *Brox/Walker*, Zwangsvollstreckungsrecht, Rn. 653; *Gaul/Schilken/Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 55, Rn. 59, m.w.N. der allerdings eine Reihe von Feinheiten über einen Kamm schert, etwa *Stein/Jonas/Brehm*, ZPO, § 829, Rn. 111 der grundsätzlich gerade die Gegenmeinung vertritt und lediglich im Rahmen von § 850f ZPO derselben Meinung ist.

<sup>1052</sup> BGH, BB 1969, 776, 776 f.; *Reetz*, Die Rechtstellung des Arbeitgebers als Drittschuldner in der Zwangsvollstreckung, S. 154.

<sup>1053</sup> *Gaul/Schilken/Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 55, Rn. 56.

<sup>1054</sup> *Pohle*, JZ 1962, 344, 344 f.

<sup>1055</sup> *Stein/Jonas/Brehm*, ZPO, § 829, Rn. 111.

<sup>1056</sup> „Teil 2 A.II.1.“.

<sup>1057</sup> So die zuletzt aufgeführte Ansicht, siehe etwa bei *Gaul/Schilken/Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, § 55, Rn. 59.

Reihe von Rechtsbehelfen vor, um materiell-rechtliche Fragen zu klären. Dazu kommen weitere Anknüpfungspunkte, die eine vollständig isolierte Betrachtung des Vollstreckungsverfahrens vom materiellen Recht vermeiden.<sup>1058</sup> Anders als in den klassischen materiell-rechtlichen Abtretungsfällen, in denen der Schuldner dieselben Einwendungen des Schuldners geltend machen kann (§ 404 BGB), fehlt eine derartige Erfassung im Prozessrecht.

Die Erwägungen den Dritten nicht schutzlos zu stellen, sollen allerdings nicht unberücksichtigt bleiben. Es erscheint insgesamt überzeugender und systematischer stringenter, nicht die Rechtssicherheit durch eine „weitgereichte Einwendungsbeugnis“ zu missachten, sondern – sofern seinerseits überhaupt vertretbar – innerhalb des Gefüges der Zwangsvollstreckung den Drittschuldnerschutz zu stärken.

### *cc. Stärkung des Drittschuldnerschutzes als solchem*

Daher soll im Folgenden untersucht werden, ob der Schutz des Drittschuldners oder Dritten geboten ist. Der Dritte hat schließlich ein erhöhtes Schutzbedürfnis, da er nicht im Erkenntnisverfahren zur Leistung verurteilt wurde. Er ist nicht, wie der Schuldner, materiell-rechtlich einem Anspruch des Gläubigers nicht nachgekommen. Diese offensichtliche Feststellung hat unabhängig von der Frage Bestand, ob dem Schuldner der Vorwurf gemacht werden kann, leistungsunwillig zu sein; dem Dritten kann – anders als dem Schuldner – jedenfalls auch nicht vorgeworfen werden, leistungsunfähig zu sein. Das bei der Gegenüberstellung der Interessen von Schuldner und Gläubiger vorgebrachte Argument „er sei selbst schuld“ muss hier ausscheiden. Der Dritte hatte sich schließlich nicht einmal ursprünglich mit dem Gläubiger über die (gegenseitig) zu erbringenden Pflichten geeinigt und es ist nicht selten der Fall, dass sie nicht einmal etwas von dem jeweils anderen wissen. Die Zwangsvollstreckung schließt sich an das Erkenntnisverfahren der beiden Parteien an und ist somit grundsätzlich ein Zweiparteienverfahren. Kurzum, in vielerlei Hinsicht erscheint der Dritte durchaus schutzwürdiger.

Die derzeitige Ausgestaltung des Zwangsvollstreckungsrechts schiebt diesen Überlegungen allerdings einen Riegel vor. Der rechtliche Rahmen ist auf die zwei Parteien Schuldner und Gläubiger zugeschnitten. Das Fehlen der Anknüpfungspunkte analog den Schuldnerschutzvorschriften zu überwinden, erscheint ausgeschlossen. Nach allgemeinen Grundsätzen müssten Vorschriften zum Schutze Dritter planwidrig nicht geregelt sein (Regelungslücke) bei gleichzeitig

---

<sup>1058</sup> Etwa der schon besprochene § 765a ZPO.

vergleichbarer Interessenlage. Das Zwangsvollstreckungsrecht dient der Realisierung des im Erkenntnisverfahren zwischen dem streitenden Gläubiger und dessen Schuldner beurteilten Anspruchs. Dritte hat etwa die ZPO lediglich dort im Blick, wo eine Zwangsvollstreckung nur unter Einbeziehung weiterer Personen erfolgen kann.<sup>1059</sup> Diese Einbeziehung ist dort vornehmlich eine mechanische Begleiterscheinung zur Durchführung der Vollstreckung. Unser Zwangsvollstreckungsrecht erfasst den Dritten als Person nicht dergestalt, dass dieser korrespondierenden Schutz erhalten soll. Daher ist das „Fehlen“ von Schutzvorschriften für Dritte schon keine Regelungslücke.

#### 4. Berücksichtigung von wirtschafts- und ordnungspolitischen Überlegungen?

Angesichts des starren Regelungswerks erscheint es zweifelhaft, ob dort Raum für wirtschafts- oder ordnungspolitische Überlegungen besteht. Denn im Zusammenhang mit der Beteiligung von Unternehmen in der Rechtsform der GmbH im Rechtsverkehr und Zivilprozess färben nicht selten wirtschafts- und ordnungspolitische Überlegungen das Gerechtigkeitsempfinden. So wird häufig der Umstand angeführt, dass eine GmbH überdurchschnittlich insolvenzanfällig ist.<sup>1060</sup> Auf der anderen Seite ließe sich die ökonomische Bedeutung von den sogenannten kleinen und mittelständischen Unternehmen, insbesondere in der Rechtsform der GmbH ins Feld führen: Zunächst fungieren viele GmbH als Arbeitgeber.<sup>1061</sup> Die mitunter negativen Folgen einer Zwangsvollstreckungsmaßnahme auf die GmbH im Übrigen können sich somit auch nachteilig auf übrige Arbeitnehmer auswirken. Denkbar wäre auch die weitergehende Berücksichtigung der Freiheit und Integrität der Unternehmen an sich. Dabei werden die unternehmerische Freiheit und die daraus hervorgehenden Innovationen als allgemein rechtspolitisch wünschenswert zu qualifizieren sein. Somit könnte man ein Interesse der Allgemeinheit diskutieren, nicht in Unternehmen zu intervenieren.<sup>1062</sup>

---

<sup>1059</sup> Dies ist beispielsweise im Fall der Forderungspfändung der Drittschuldner, vgl. „Teil 3 A.I.2.“.

<sup>1060</sup> Siehe etwa MüKo/GmbHG/Fleischer, Einl., Rn. 207.

<sup>1061</sup> siehe *Stadler*, Freude am Unternehmertum, S. 1.

<sup>1062</sup> Vgl. dazu *Winston Churchills* bezeichnende Charakterisierung „Manche halten den Unternehmer für einen rüdigigen Wolf, den man totschiagen müsste, andere meinen, er sei eine Kuh, die man ununterbrochen melken könne; nur wenige sehen in ihm ein Pferd, das den Karren zieht“, siehe bei *Plessner*, Was machen die Unternehmer, S.4.

Abgesehen von der rechtspolitischen und ökonomischen Relevanz dieser Punkte, erscheint es zweifelhaft, ob solche Überlegungen rechtlich Berücksichtigung finden können.

a. Im materiellen Gesellschaftsrecht (insb. Schmidt und Schulte)

Im Bereich des (materiellen) Gesellschaftsrechts waren die Gerichte stets eifrig bemüht, entstandene Lücken und Bedürfnisse im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung zu füllen. Dadurch wurde eine Vielzahl von Veränderungen hervorgerufen, die zumeist einen Ursprung in einem konkreten Fall haben und sich dann als anerkannte Gestaltung ihrerseits wieder weiter entwickelten.<sup>1063</sup> Zwar kann der Gesetzgeber die Wahl einer Rechtsform vorgeben, welche dann der Unternehmung einen Namen gibt. Allerdings wurden in der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungspraxis schon früh vielfältige Erscheinungsformen hervorgerufen, die abgesehen von bestimmten „Grundelementen“ keine enge Bindung zu dem klassischen Typus aufweisen müssen.<sup>1064</sup>

Neben den gängigen Motiven der Richter fragt es sich, inwieweit auch „wirtschafts- und sozialpolitische Erwägungen“<sup>1065</sup> Berücksichtigung finden sollten. *Schulte* fasst diese Problematik unter dem Begriff „wirtschaftsverfassungsrechtlicher Gesichtspunkte“ zusammen.<sup>1066</sup> Dabei geht es ihm um die Beachtung von außerhalb des Gesellschaftsrecht liegenden Argumenten, die den Aussagen des Grundgesetzes Anwendung verleihen sowie der faktischen unternehmerischen Aktivitäten. Dabei sei bedenklich, wenn faktische Entwicklungen vorschnell mit Rechtsentwicklungen gleichgesetzt würden.<sup>1067</sup> Obgleich die ideologischen Grundanschauungen einer Gesellschaft sich stets auch in der Rechtsordnung wiederfinden, sei eine „wirtschaftspolitisch bedeutsame Materie wie das Gesellschaftsrecht gegen überragenden Einfluß eines vorwiegend politisch intendierten Ordnungsmodells abzuschirmen“.<sup>1068</sup>

Die Frage wirft *Schmidt* auch im Rahmen des Spannungsfelds zwischen Typenzwang und dispositivem Recht auf. Danach seien im Gesellschaftsrecht, wie im

---

<sup>1063</sup> Apodiktisch *Schulte* in: FS Westermann, S. 525, 527 „Der Bruch des Deiches [...] der dann aber nicht wieder zu reparieren war“, mit einer Auseinandersetzung der Weichenstellungen.

<sup>1064</sup> Vgl. *Schulte* in: FS Westermann, S. 525, 525.

<sup>1065</sup> *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 114.

<sup>1066</sup> *Schulte* in: FS Westermann, S. 525, 538.

<sup>1067</sup> *Schulte* in: FS Westermann, S. 525, 540.

<sup>1068</sup> *H.P. Westermann*, Die GmbH & Co. KG im Lichte der Wirtschaftsverfassung, S. 44.

Privatrecht allgemein, der Privatautonomie Grenzen zu setzen, welche sich in ein rechtlich verbindliches Wertungssystem einfügen müssen.<sup>1069</sup> Maßgeblich seien dafür jedoch nach privatautonomen Grundsätzen, dass Grenzen einer Rechtfertigung bedürfen, welche sich aus zwingendem Recht, gesetzlichen Verboten oder den guten Sitten ergeben müssten. Der Knackpunkt seiner Ausführungen ist die Frage, welche Normen als zwingend zu qualifizieren seien. Dies wiederum müsse das Ergebnis einer Abwägung von öffentlichem Interesse, Verkehrsschutz und dem Schutz der Beteiligten sein.<sup>1070</sup> Keineswegs dürften darüber hinaus aus sozial- und wirtschaftspolitischen Motiven weitere Grenzen hergeleitet werden.

## b. Hinsichtlich Maßnahmen der Zwangsvollstreckung

Die Berücksichtigung von wirtschaftlichen Überlegungen im Rahmen des Zwangsvollstreckungsrechts zeichnet ein anderes Bild. In diesen Fällen ist gerade nicht das materielle Gesellschaftsrecht der eigentliche Anknüpfungspunkt, sondern umgekehrt vielmehr die Zwangsvollstreckung und ihre Auswirkungen auf gesellschaftsrechtliche Zusammenhänge. Den Maßnahmen der Zwangsvollstreckung kommt dabei eine rechtsdurchsetzende Wirkung zu, die Fakten schafft. Es geht nicht um die Erweiterung des materiellen Rechts durch die norm-gleiche Wirkung der richterlichen Rechtsfortbildung. Diese führt zu einer Einschränkung des Grundsatzes der Privatautonomie ohne formelles Gesetz als Grundlage. Dies ist erforderlich, um auf veränderte Begebenheiten und sich dadurch verschiebende Anforderungen an den rechtlichen Rahmen reagieren zu können. Im Bereich der Zwangsvollstreckung dient die Erfassung der Lebenssachverhalte, der Rechtstat-sachen und der (empirischen) Auswirkungen der Vollstreckungsmaßnahmen lediglich der Bestandsaufnahme und der Erkennung möglichen Korrekturbedarfs. Dieser Korrekturbedarf ist – anders als bei der richterlichen Rechtsfortbildung – allerdings (zunächst) auf den konkreten Einzelfall beschränkt.

Darüber hinaus ist schon der Begriff der *sozial- und wirtschaftspolitischen Zielvorgaben* weiter zu fassen, da er die politisch-programmatische Auseinandersetzung von Liberalismus und Staatlichem in den Mittelpunkt nimmt.<sup>1071</sup> Stattdessen soll hier lediglich die Zulässigkeit der Berücksichtigung von faktischen, betriebs- und gesamtwirtschaftlichen Gesichtspunkten im Mittelpunkt stehen. Grundle-

---

<sup>1069</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 119.

<sup>1070</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 119.

<sup>1071</sup> Vgl. bei K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 114 – 118.

gende wirtschaftliche Zusammenhänge dürfen nicht ausgeblendet werden und bestimmte unternehmerische Freiheiten nicht verkannt werden. Folglich erscheint die Berücksichtigung von tatsächlichen Auswirkungen der Zwangsvollstreckung in ökonomischer Hinsicht als solche begrüßenswert, wird jedoch in den engen verfahrensimmanenten Grenzen des Zwangsvollstreckungsrechts nur schwerlich Anwendung finden können.

## II. Zwischenergebnis

Das Zwangsvollstreckungsrecht versucht vielerorts einen Ausgleich zwischen den Interessen der Parteien herzustellen.<sup>1072</sup> Dabei manifestieren die jeweiligen Regelungen häufig die Entscheidung des Gesetzgebers, inwieweit die Interessen des Schuldners an einer schonenden Zwangsvollstreckung in Anbetracht der gebotenen Effektivität der Zwangsvollstreckung Berücksichtigung finden können. Die übrigen Interessen von Dritten finden im Verfahren zumeist keinen Platz. Ohnehin ist nur selten eine Prüfung der Umstände des Einzelfalls vorgesehen. Das Prozessgericht urteilt über die Rechtmäßigkeit des materiellen Anspruchs ordnet die Vollstreckung an und dem Vollstreckungsorgan verbleibt grundsätzlich nur die Durchführung. An einer gründlichen Erfassung von komplexeren Strukturen beziehungsweise Mehrpersonenverhältnisse und Interessenlagen fehlt es häufig ebenso wie an einer im Einzelfall gebotenen differenzierten Handhabung bei der Rechtsdurchsetzung.

Das Vollstreckungsrecht sieht nur vereinzelte Mechanismen vor, um auch spezielle Auswirkungen einer Zwangsvollstreckung zu erfassen.<sup>1073</sup> Deren spezieller Anwendungsbereich oder die Wirkweise bieten allenfalls fragmentarischen Schutz vor ausufernden Vollstreckungsfolgen oder mittelbaren Auswirkungen beim Schuldner und Dritten.<sup>1074</sup> Allenfalls eine extensive Auslegung des § 765a ZPO wäre geeignet einen flexiblen Schutz zu ermöglichen, was jedoch mit Blick auf den praktisch eingeschränkten Anwendungsbereich einem Wunschdenken gleicht. Eine interessengerechte Behandlung der GmbH und ihrer Gesellschafter ist prozess- und insbesondere vollstreckungsrechtlich nicht gewährleistet.

---

<sup>1072</sup> „Teil 2 A.I.1.a., b.“.

<sup>1073</sup> „Teil 2 A.I.4.a.“.

<sup>1074</sup> Beispielsweise sind Schuldnerschutzanträge bei schwer erträglichen Nachteilen nach § 712 ZPO von der Sicherheitsleistung abhängig, welche aufzubringen ihrerseits nachteilige (finanzielle) Auswirkungen auf die Interessen des Gesellschafters oder der GmbH haben kann, vgl. dazu „Teil 4 A.I., II.“.



## C. Thesen und Lösungsvorschläge im Einzelnen

Das Spannungsfeld zwischen den Interessen des Gläubigers an einer effektiven Rechtsdurchsetzung, dem Schutzbedürfnis des Schuldners sowie den tatsächlichen und rechtlichen Besonderheiten bei der GmbH lässt sich nicht grundlegend zugunsten der einen oder anderen Seite entschärfen. Der Ausgleich bestehender Ungleichgewichte kann somit stets nur fragmentarisch erfolgen. Die Verschränkungen der Rechtsgebiete, deren jeweilige Regelungsgehalte angemessen zu berücksichtigen sind, begrenzen dabei den Handlungsspielraum. Gleichzeitig erweitern die bestehenden Interdependenzen letztlich das Lösungsspektrum, indem auch materiell-rechtliche Stellschrauben Auswirkungen auf die (prozessuale) Rechtsdurchsetzung haben können. Insbesondere das starre Korsett des Prozess- und insbesondere des Zwangsvollstreckungsrechts setzt vielerorts Grenzen. Die Berücksichtigung spezieller Interessen oder wirtschaftlicher Überlegungen findet im schlanken, mithin formalisierten Verfahren keinen Raum. Diese Kollision lässt sich umgehen, indem der Ausgleich vorverlagert wird. Verdeutlichen lässt sich dies am Nichtigkeitsdogma, welches zur Stärkung der wirtschaftlichen Handlungsfähigkeit der Gesellschaft eine materiell-rechtliche Neubewertung vornahm – mit weitreichenden Folgen für die Rechtsdurchsetzung.<sup>1075</sup> Schließlich kann im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes korrigierend eingegriffen und die Schaffung von Fakten verhindert werden.

Im Einzelnen erscheinen folgende Lösungsansätze fruchtbar:

- (i) Gestalterisch können über die statutarischen Abwehrmechanismen hinaus Regelungen geschaffen werden, um bestimmten Konfliktpunkten vorzugreifen. Bei der Zwangsvollstreckung in Gesellschaftsanteile durch Gesellschafter-Gläubiger verhindert die Verzahnung der Gesellschafterstellung mit der dienstvertraglichen Anstellung ein (vorübergehendes) Auseinanderfallen von Mitgliedschaft und Mitarbeit. Bei der Rechtsdurchsetzung im Innenverhältnis helfen Kompetenz- und Verfahrensregelungen zukünftige Streitigkeiten zu vermeiden. In Betracht kommen Regelungen zur gerichtlichen Feststellung des Jahresabschlusses im Zusammenhang mit der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung im Sinne des § 29 GmbHG und insbesondere die Feststellungsbefugnis der Nichtigkeit von Einzelstimmen durch den Versammlungsleiter.

---

<sup>1075</sup> Eingehend „Teil 3 B.II.2.“.

- (ii) Überall dort, wo eine flexible Handhabe möglich ist, sollte die Annahme der generellen Unzulässigkeit zugunsten einer Zulässigkeitsprüfung *in concreto* weichen. Bei der Anwendung des Zwangsvollstreckungsrechts sollten die wenigen vorhandenen Spielräume für einen sachgerechten Interessenausgleich genutzt werden. Beispielsweise ist bei der Anteilspfändung im Rahmen der Verwertung nach § 844 ZPO dem Angemessenheitserfordernis eine eigenständige Bedeutung einzuräumen.
- Gleichermaßen sollte im Bereich gesellschaftsinterner Streitigkeiten der einstweilige Rechtsschutz gegen Gesellschafterbeschlüsse als Korrektiv für eine weitestgehend formalisierte Rechtsdurchsetzung grundsätzlich zugelassen werden. Die dadurch eröffnete Prüfung der Interessenabwägung ermöglicht eine Einzelfallbetrachtung und damit einen Ausgleich der übergeordneten Interessen.
- (iii) Bei der Durchsetzung von Stimpflichten aus der Treupflicht ist die durch das Nichtigkeitsdogma veränderte Ausgangslage zu berücksichtigen und die prozessuale Behandlung treuwidriger Einzelstimmen zu aktualisieren. Dies gilt zum einen für sämtliche prozessuale Fragen des Erkenntnisverfahrens, der Zwangsvollstreckung sowie des einstweiligen Rechtsschutzes. Hervorzuheben ist die Möglichkeit der Abwehr eines treuwidrigen Beschlussboykotts durch die Instrumentalisierung eines bestehenden Beschlussfähigkeitsquorums, indem die Beschlussfassung nunmehr unter Missachtung des Quorums zulässig ist. Weiterhin sollte durch die Flexibilisierung des einstweiligen Rechtsschutzes gegen Gesellschafterbeschlüsse ein angemessener Gegenpol zur Dynamisierung der Beschlussfassung geschaffen werden. Zum anderen kommt der materiell-rechtlichen Beurteilung treupflichtskonformen Stimmverhaltens durch die Beschleunigung und die Umkehrung der Rollen im Prozess eine gesteigerte Bedeutung zu.
- (iv) Im Widerstreit von Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit sollten unbestimmte Rechtsbegriffe konturiert und Kriterien zur Auslegung bereitgestellt werden. So findet beispielsweise die Angemessenheit der Verwertung eines Geschäftsanteils nach § 844 ZPO durch die Festsetzung eines Mindestgebots vergleichbar § 817a ZPO eine Untergrenze. Sofern die Satzung der betroffenen GmbH eine nach den allgemeinen Grundsätzen zulässige Klausel zum Abfindungsentgelt für die Einziehung des Anteils vorsieht, dient diese als Richtwert für den Wert des Anteils. Dies gewährleistet gleichermaßen einen Verschleuderungsschutz für den Schuldner, wie einen

Mehrwert für den Gläubiger der angesichts der Unpfändbarkeit der Ein-  
sichts- und Informationsrechte des § 51a GmbHG häufig keine Informatio-  
nen über den Wert des Anteils erlangen kann.

Der großen praktischen Bedeutung von Stimmpflichten aus der gesell-  
schaftsrechtlichen Treupflicht steht eine in tatsächlicher und rechtlicher  
Hinsicht schwierige Prüfung gegenüber. Die nunmehr mögliche Beurtei-  
lung durch den Versammlungsleiter unterstreicht die Notwendigkeit mess-  
barer Kriterien. Die Anerkennung eines unternehmerischen Ermessens der  
Gesellschafter im Innenverhältnis führt zu einer Präzisierung der Definition  
einer Stimmpflicht aus der Treupflicht. Eine Entscheidung, die objektiv not-  
wendig und dem Gesellschafter subjektiv zumutbar ist, *unter Berücksichti-  
gung dessen unternehmerischen Ermessens*.

Die Forderung nach einer Flexibilisierung des einstweiligen Rechtsschutzes  
rückt auch die Prüfung der Voraussetzungen in den Fokus. Zur erforderli-  
chen Abwägung der Interessen bei der einstweiligen Verfügung ist ein ge-  
stufter Maßstab anzusetzen. Demnach sind umso höhere Anforderungen an  
das überragende Interesse an einer sofortigen Klärung zu stellen, je größer  
die Kongruenz zum Verfahren in der Hauptsache ist.

## Literaturverzeichnis

- Aker, Halit  
Sonderrechte von GmbH-Gesellschaftern –  
Vorzuggewährung und Vorzugsgeschäfts-  
anteile im GmbH-Recht, Baden-Baden  
2002
- Altmeyen, Holger  
Ausgliederung zwecks Organschaftsbil-  
dung gegen die Sperrminorität?, DB 1998,  
S. 49 – 54
- Ammon, Ludwig,  
Görlitz, Stephan  
Die kleine Aktiengesellschaft, Bielefeld  
1995
- Arnold, Michael  
Der Gewinnauszahlungsanspruch des  
GmbH-Minderheitsgesellschafters, Köln  
2001
- Backhaus, Klaus,  
Hawixbrock, Gabriele,  
Gaida, Stefan,  
Lamers, Stephan M.,  
Schlüter, Stefan,  
Welker, Michael  
Betriebliche Entscheidungsinterdepen-  
denzen – Die Fallstudie Peter Pollmann,  
Berlin, 1997
- Bauer, Jakob  
Das Wesen der GmbH, in wirtschaftlicher  
Beziehung dargestellt aufgrund von 900  
Einzelfällen, GmbHR 1920, Sp. 1,  
S. 19 – 39
- Bauer, Jan Michael  
Der Notgeschäftsführer in der GmbH,  
Köln 2006
- Baumbach, Adolf (Begr.),  
Lauterbach, Wolfgang,  
Albers, Jan,  
Hartmann, Peter  
Zivilprozessordnung, 72. Auflage,  
München 2014
- Baumbach, Adolf (Begr.),  
Hueck, Alfred (Hrsg.)  
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit  
beschränkter Haftung, 20. Auflage,  
München 2013

- Baur, Fritz  
Studien zum einstweiligen Rechtsschutz,  
Tübingen, 1967
- ders. (Begr.),  
Stürner, Rolf (Hrsg.),  
Bruns, Alexander (Hrsg.)  
Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage,  
Karlsruhe 2006
- Bayer, Walter,  
Hoffmann, Thomas  
Gesellschafterstrukturen deutscher GmbH,  
GmbHHR 2014, S. 12 – 17
- Behr, Johannes  
Reform der Zwangsvollstreckung,  
Rpfleger 1981, S. 417 – 423
- ders.  
Die Pfändung des GmbH-Geschäftsanteils,  
JurBüro 1995, S. 286 – 288
- Berger, Christian  
Das „Vollwertigkeitsprinzip“ als Voraussetzung der Pfändung von Einlageforderungen bei Kapitalgesellschaften, ZZZP 1994, S. 29 – 43
- Bethge, Herbert  
Grundrechtsverwirklichung und Grundrechtssicherung durch Organisation und Verfahren, NJW 1982, S. 1 – 7
- Beyer, Thomas C. W.  
Vorbeugender Rechtsschutz gegen die Beschlussfassung der GmbH-Gesellschafterversammlung, GmbHHR 2001, S. 467 – 471
- Bittmann, Folker  
Treu und Glauben bei der Zwangsvollstreckung, ZZZP 1984, S. 32 – 46
- Blomeyer, Jürgen  
Die Erinnerungsbefugnis Dritter in der Mobiliarzwangsvollstreckung, Berlin 1966
- Böhmer, Werner  
Sondervotum zur Begründung des Beschlusses des Ersten Senats vom 27. September 1978 – 1 BvR 361/78, BVerfGE 49, S. 220 – 243

- Bokelmann, Günther  
Die Einziehung von GmbH-Anteilen im Falle der Pfändung und des Konkurses, BB 1970, S. 1235 – 1238
- Bork, Reinhard,  
Stangier, Michael  
Das Informationserzwingungsverfahren nach dem neuen GmbH-Gesetz, GmbHR 1982, S. 169 – 174
- ders.  
Oepen, Klaus  
Schutz des GmbH-Minderheitsgesellschafters vor der Mehrheit bei der Gewinnverteilung, ZGR 2002, S. 241 – 291
- Bork, Reinhard (Hrsg.),  
Schäfer, Carsten (Hrsg.)  
Kommentar zum GmbH-Gesetz, 3. Auflage, Köln 2015
- Both, Dirk (Hrsg.)  
Praxis der Zwangsvollstreckung, Recklinghausen 2004
- Brox, Hans  
Walker, Wolf-Dietrich  
Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Auflage, München 2014
- Büchele, Moritz  
Eingriff in Gesellschafterrechte im Insolvenzplan, Frankfurt a.M. 2011
- Buchwald, Friedrich  
Die Verpfändung und Pfändung von GmbH-Geschäftsanteilen, GmbHR 1959, S. 254 – 259
- Campos Nave, Jose A.  
Anmerkung zu einer Entscheidung des BGH, Beschluss vom 29.04.2013 - VV ZB 14/12 -, BB 2013, S. 1491
- Damm, Reinhard  
Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht, ZHR 1990, S. 413 – 442
- Dierck, Ralf (Hrsg.),  
Morvilius, Theodor (Hrsg.),  
Vollkommer, Gregor (Hrsg.)  
Handbuch des Zwangsvollstreckungsrechts, 2. Auflage, München 2016
- Dreher, Friedrich  
Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Ihr wirkliches Wesen und ihre wirtschaftliche Gestalt, Stuttgart 1931

- Dreier, Horst (Hrsg.) Grundgesetz Kommentar,  
Band I (Präambel, Artikel 1-19), 3. Auflage, Tübingen 2013
- Dürr, Martin Nebenabreden im Gesellschaftsrecht –  
außersatzungsmäßige Bindung, Frankfurt  
a.M. 1994
- Eckert, Jörn Die Kostenerstattung bei der Drittschulner-  
erklärung nach § 840 ZPO, MDR 1986,  
S. 799 – 803
- Ehrenberg, Victor (Hrsg.) Handbuch des gesamten Handelsrechts,  
Dritter Band, Abteilung 3, Dritter Ab-  
schnitt (Die Gesellschaft mit beschränk-  
ter Haftung), Leipzig 1929
- Eidenmüller, Horst Die GmbH im Wettbewerb der Rechts-  
formen, ZGR 2007, S. 169 – 211
- Emde, Raimond Einstweiliger Rechtsschutz im Aus-  
kunftserzwingungsverfahren nach §§ 51a,  
51b GmbHG?, ZIP 2001, S. 820 – 824
- Emge, Carl August Über das Verhältnis von „normativem  
Rechtsdenken“ zur „Lebenswirklichkeit“,  
Wiesbaden 1956
- Erttmann, Dorothee Die Beteiligung von Mitarbeitern am  
Stammkapital einer GmbH – Unter be-  
sonderer Beachtung von Start-Up-Unter-  
nehmen der Technologiebranche, Baden-  
Baden 2005
- Evers, Heinz, Die Gehaltsfestsetzung bei GmbH-  
Geschäftsführern – Einflussgrößen,  
Näser, Christian, Komponenten und Entwicklung der  
Grätz, Frank Bezüge, 4. Auflage, Köln 1997

- Faß, Joachim,  
Hülsmeier, Volker
- Der Einfluß der Zusammensetzung das steuerlichen Eigenkapitals auf den Wert von Unternehmen, DStR 1998, S. 1487 – 1492
- Fischer, Michael
- Der Anteil an einer Personengesellschaft als Gegenstand der Zwangsvollstreckung auf der Grundlage der Rechtssubjektivität aller Außengesellschaften, Frankfurt a.M. 2001
- Fischer, Nicolaj
- Vollstreckungszugriff als Grundrechtseingriff – Zugleich eine Kritik der Hyperkonstitutionalisierung einfachen Verfahrensrechts, Frankfurt a.M. 2006
- Fischer, Robert
- Zulässigkeit und Wirkung von Abstimmungsvereinbarungen, GmbHR 1953, S. 65 – 69
- ders.
- Das Recht der OHG als ergänzend Rechtsquelle zum GmbH-Gesetz, GmbHR 1953, S. 131 – 137
- ders.
- Die Pfändung und Verwertung eines GmbH-Geschäftsanteils, GmbHR 1961, S. 21 – 27
- Fleischer, Holger
- Zur ergänzenden Anwendung von Aktienrecht auf die GmbH, GmbHR 2008, S. 673 – 682
- ders.
- Das unternehmerische Ermessen des GmbH-Geschäftsführers und seine GmbH-spezifischen Grenzen, NZG 2011, S. 521 – 526
- Fleischer, Holger (Hrsg.)  
Goette, Wulf (Hrsg.)
- Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band 1 (§§ 1 – 34), 2. Auflage, München 2015



- Flume, Werner  
Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,  
Band I, 2. Teil (Die juristische Person),  
Berlin, 1983
- ders.  
Die Rechtsprechung des II. Zivilsenats zur  
Treupflicht des GmbH-Gesellschafters  
und des Aktionärs, ZIP 1996, S. 161 – 167
- Frank, Siegfried W.  
Vollstreckungsdurchsuchung und Grund-  
gesetz, JurBüro 1983, S. 801 – 818
- Friedewald, Rolf  
Die personalistische Aktiengesellschaft,  
Köln 1991
- Friedhofen, Ralf  
Einstweilige Verfügungen gegen Gesell-  
schafterbeschlüsse, Köln 1997
- Frisinger, Jürgen  
Privilegierte Forderungen in der Zwangs-  
vollstreckung und bei der Aufrechnung,  
Hamburg, 1967
- Gaul, Hans Friedhelm  
Billigkeit und Verhältnismäßigkeit in der  
zivilgerichtlichen Vollstreckung öffent-  
lichrechtlicher Abgaben, JZ 1974,  
S. 279 – 283
- ders.  
Rechtsverwirklichung durch Zwangsvoll-  
streckung aus rechtsgrundsätzlicher und  
rechtsdogmatischer Sicht, ZZP 1999,  
S. 135 – 184
- ders.  
Die privilegierte Zwangsvollstreckung  
wegen einer Forderung aus vorsätzlich be-  
gangener unerlaubter Handlung als Prob-  
lem der Funktionsteilung zwischen Pro-  
zessgericht und Vollstreckungsgericht in:  
Schilken/Eberhard/Kreft, Gerhart/Wagner,  
Gerhard/Eckardt, Diederich (Hrsg) Fest-  
schrift für Walter Gerhardt, Köln 2004,  
S. 259 – 306

- ders. Die neue Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof in der Zwangsvollstreckung – ein teuer erkaufter Fortschritt, DGVZ 2005, S. 113 – 128
- Gehrlein, Markus Ausschluß und Abfindung von GmbH-Gesellschaftern, Köln 1997
- ders. (Hrsg.),  
Born, Manfred (Hrsg.),  
Simon, Stefan (Hrsg.) Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung – Kommentar, 3. Auflage, 2017
- Gerhardt, Walter Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß, speziell: Zwangsvollstreckung, ZZP 1982, S. 467 – 494
- von Gerkan, Hartwin Gesellschafterbeschlüsse, Ausübung des Stimmrechts und einstweiliger Rechtsschutz, ZGR 1985, S. 167 – 190
- Gissel, Ralf Arbeitnehmerschutz für den GmbH-Geschäftsführer, Köln 1987
- Goette, Wulf (Hrsg.),  
Habersack, Mathias (Hrsg.),  
Kalss, Susanne (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1 (§§ 1 – 75 AktG), 4. Auflage, München 2016
- Grau, Carsten Anmerkung zu AG Gelsenkirchen Beschluss v. 20.12.2011 – 34 M 3746/11, BB 2012, S. 604
- Grunewald, Barbara Einsichts- und Auskunftsrechte nach neuem Recht, ZHR 1982, S. 211 – 237
- dies. Auskunftserteilung und Haftung im bürgerlich-rechtlichen Verein, ZIP 1989, S. 962 – 967
- Hackenbroch, Rüdiger Die Verpfändung von Mitgliedschaftsrechten in OHG und KG an einen Privatgläubiger des Gesellschafters, Köln 1970

- Hahn, Carl (Hrsg.),  
Mugdan, Benno (Hrsg.)
- Die gesamten Materialien zu den Reichs-  
justizgesetzen, Neudruck Stegemann,  
Eduard (Hrsg.)
- Band 1 (Materialien zum Gerichtsver-  
fassungsgesetz), Berlin 1983
  - Band 8 (Materialien zum Gesetz betr.  
Änderungen der Zivilprozessordnung,  
Gerichtsverfassungsgesetz und Straf-  
prozessordnung), Berlin 1983
- Hallstein, Walter
- Die Gesellschaft mit beschränkter Haf-  
tung in den Auslandsrechten verglichen  
mit dem deutschen Recht, Zeitschrift für  
ausländisches und internationales Privat-  
recht, 12. JG 1938, 1939, S. 341 – 351
- Hartmann, Frank C.
- Einstweiliger Rechtsschutz gegen Organ-  
beschlüsse, Köln 1991
- Hauschka, Christoph E.
- Ermessensentscheidungen bei der Unter-  
nehmensführung, GmbHR 2007,  
S. 11 – 16
- Heckschen, Heribert  
Heidinger, Andreas
- Die GmbH in der Gestaltungspraxis,  
Köln 2005
- Heinze, Meinhard
- Einstweiliger Rechtsschutz in aktienrecht-  
lichen Anfechtungs- und Nichtigkeitsver-  
fahren, ZGR 1979, S. 293 – 333
- ders.
- Der einstweilige Rechtsschutz im Zah-  
lungsverkehr der Banken, Frankfurt a.M.  
1984
- Henrichs, Joachim
- Treupflichten im Aktienrecht – Zugleich  
Überlegungen zur Konkretisierung der Ge-  
neralklausel des § 242 BGB sowie zur Ei-  
genhaftung des Stimmrechtsvertreterers, AcP  
1995, S. 221 – 273

- Henssler, Martin Die Haftung des Stimmrechtsvertreters –  
Zugleich eine Anmerkung zur Entschei-  
dung des BGH vom 20.3.1995 – II ZR  
205/94, DZWIR 1995, S. 430 – 437
- Henssler, Martin (Hrsg.),  
Strohn, Lutz (Hrsg.) Gesellschaftsrecht, 2. Auflage, München  
2014
- Hertzfeld, Herbert Zwangsvollstreckung gegen Prozessunfä-  
hige, Baden-Baden 2001
- Herfs, Achim Einwirkung Dritter auf den Willensbil-  
dungsprozeß der GmbH, Baden-Baden  
1994
- Hesselbart, Marie,  
Renner, Moritz Grundzüge der Unternehmensfinanzierung,  
JuS 2014, S. 11 – 15
- Heuer, Ralf Der GmbH-Anteil in der Zwangsvollstre-  
ckung, ZIP 1998, S. 405 – 413
- Hintzen, Udo Forderungspfändung, 3. Auflage, Münster  
2008
- Hirsch, Hans Christoph Die Übertragung der Rechtsausübung,  
Teil 1, Berlin 1910
- Hirte, Heribert Bezugsrechtsausschluss und Konzernbil-  
dung: Minderheitenschutz bei Eingriff in  
die Beteiligungsstruktur der Aktiengesell-  
schaft, Köln 1986
- Hohlfeld, Matthias Der Notgeschäftsführer bei der GmbH,  
GmbHHR 1986, S. 181 – 186
- ders. Notgeschäftsführer einer GmbH – Bestel-  
lungsverfahren und Befugnis, GmbHHR  
1999, S. 1294 – 1295
- Hollinderbäumer, Jens Die GmbH im Wettbewerb der Rechts-  
formen, Frankfurt a.M. 2012

- Frhr. vom Holtz, Götz Die Erzwingung von Willenserklärungen im einstweiligen Rechtsschutz, Frankfurt a.M. 1995
- Hommelhoff, Peter Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, ZGR 1978 S. 119 – 155
- ders. Die deutsche GmbH im System der Kapitalgesellschaften in: Roth, Günter H./ Hommelhoff, Peter, Das System der Kapitalgesellschaften im Umbruch, Köln 1990, S. 26 – 61
- ders. Auszahlungsanspruch und Ergebnisverwendungsbeschluss in der GmbH, in: Pfeiffer, Gerd/Wiese, Günther, Zimmermann, Klaus (Hrsg.), Festschrift für Heinz Rowedder zum 75. Geburtstag, München 1994, S. 171 – 189
- ders. Gestaltungsfreiheit im GmbH-Recht in: Gestaltungsfreiheit und gerichtliche Kontrolle in: Lutter, Marcus/Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, 13. ZGR Sonderheft, Berlin, 1998, S. 36 – 60
- ders. Anmerkungen zum Ergebnis-Verwendungs-Entscheid der GmbH-Gesellschafter, GmbHR 2010, S. 1328 – 1332
- Hopt, Klaus J. (Hrsg.), Wiedemann, Herbert (Hrsg.) Aktiengesetz Großkommentar, 22. Lieferung (§ 53a), 4. Auflage, Berlin 2004
- Hueck, Alfred Stimmbindungsverträge bei Personengesellschaften in: Dietz, Rolf/Hueck, Alfred/ Reinhardt, Rudolf (Hrsg.), Festschrift für Carl Nipperdey zum 60. Geburtstag, München 1965, S. 401 – 426

- Immenga, Ulrich Die personalistische Kapitalgesellschaft, Bad Homburg v.d.H. 1970
- Jauernig, Othmar Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZZP 1966, S. 321 – 347
- ders. Einstweilige Verfügungen gegen ein Bezugsverbot, NJW 1973, S. 1671 – 1674
- Kalbfleisch, Eberhard Die Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil an einer GmbH, Hamburg 1990
- Keller, Ulrich (Hrsg.) Handbuch Zwangsvollstreckungsrecht, Berlin 2013
- Kerbusch, Hermann Zur Erstreckung des Pfandrechts an einem Geschäftsanteil auf den durch Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln erhöhten oder neu gebildeten Geschäftsanteil, GmbHR 1990, S. 156 – 161
- Kiethe, Kurt Einstweilige Verfügung und Stimmrechtsausübung im Gesellschaftsrecht, DStR 1993, S. 609 – 612
- Kindl, Johann (Hrsg.), Meller-Hannich, Caroline (Hrsg.), Wolf, Hans-Joachim Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, Handkommentar, 3. Auflage, Baden-Baden 2016
- Klosterkemper, Kristian Einflussmöglichkeiten Dritter auf den innerkorporativen Bereich der GmbH, Köln 2009
- Koch, Raphael Vollstreckung durch Privatgläubiger eines Gesellschafters: Gesellschaftsvertraglicher Gestaltungsbedarf, DZWIR 2010, S. 441 – 446
- Kögel, Steffen Die Not mit der Notgeschäftsführung, NZG 2000, S. 20 – 24

- Koppensteiner, Hans-Georg  
ders. Treuwidrige Stimmabgaben bei Kapitalgesellschaften, ZIP 1994, S. 1325 – 1330  
Treuwidrige Stimmabgabe und positive Beschlussfeststellung, GesRZ 2012, S. 488 – 497
- Korehnke, Stefan Treuwidrige Stimmen im Personengesellschafts- und GmbH-Recht, Baden-Baden 1997
- Kornblum, Udo  
ders. Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 1.1.2015), GmbHR 2015, S. 687 – 696  
Bundesweite Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 1.1.2017), GmbHR 2017, S.739 – 748
- Kornol, Malte  
Waldmann, Carsten Zwangsvollstreckungsrecht, Baden-Baden 2012
- Kranz, Petra Der GmbH-Geschäftsanteil in Pfändung und Insolvenz – Rechtsfragen, Auswirkungen und Auswege, Köln 1998
- Krüger, Wolfgang (Hrsg.),  
Rauscher, Thomas Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung,  
- Band 1 (§§ 1 – 354), 5. Auflage, München 2016  
- Band 2 (§§ 355 – 1024), 5. Auflage, München 2016
- Langenbahn, Michael Quantitative Methoden der Wirtschaftswissenschaften, München 2008
- Limbach, Jutta Die empirischen Normaltypen der Gesellschaft mit beschränkter Haftung und ihr Verhältnis zum Postulat von Herrschaft und Haftung, Berlin 1966

- dies. Der Referentenentwurf eines neuen GmbH-Gesetzes und die Rechtswirklichkeit in: Gessler, Ernst (Hrsg.), GmbH-Reform, Schriftenreihe Rechtspolitik und Gesetzgebung, Band 1, Bad Homburg v.d.H., 1970, S. 11 – 13
- Lindacher, Walter F. Fragen der Beschlußfassung und -feststellung nach § 48 Nr. 8 GmbHG, Besprechung der Entscheidung BGHZ 98, 28, ZGR 1987, S. 121 – 128
- Linke, Hartmut Die Aufklärungspflicht des Drittschuldners und die Folgen ihrer Verletzung, ZZP 1974, S. 284 – 315
- Littbarski, Sigurd Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht, München 1996
- Lorz, Rainer  
Kirchdorfer, Rainer Unternehmensnachfolge – rechtliche und steuerliche Gestaltung, 2. Auflage, München 2011
- Lutter, Marcus Rechtsverhältnisse zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft in: Wiethölter, Rudolf (Hrsg.), Centrale für GmbH – Probleme der GmbH-Reform, Köln 1970, S. 63 – 95
- ders. Theorie der Mitgliedschaft, AcP 1980, S. 84 – 159
- ders. Zur inhaltlichen Begründung von Mehrheitsentscheidungen – Besprechung der Entscheidung BGH WM 1980, 378, ZGR 1979, S. 171 – 182
- ders. Die Treupflicht des Aktionärs, ZHR 1989, S. 446 – 471
- ders. Treuepflichten und ihre Anwendungsprobleme, ZHR 1998, S. 164 – 185



- ders. Das Girmes-Urteil, JZ 1995,  
S. 1053 – 1056
- ders. (Hrsg.), GmbH-Gesetz Kommentar, Hommelhoff,  
Peter (Hrsg.) 19. Auflage, Köln 2016
- Lutz, Reinhard Der GmbH-Gesellschafterstreit – Abberufung von der Geschäftsführung und Zwangsausschluss, München 2001
- ders. Einstweiliger Rechtsschutz bei Gesellschaftstreit in der GmbH, BB 2000,  
S. 833 – 840
- Maier-Reimer, Georg Negative „Beschlüsse“ von Gesellschafterversammlungen in: Jagenburg, Walter/  
Maier-Reimer, Georg/Verhoeven, Thomas (Hrsg.), Festschrift für Walter Oppenhoff zum 80. Geburtstag, München 1985,  
S. 193 – 210
- Marly, Jochen Kostenerstattung und Tätigkeitsvergütung für Auskünfte des Drittschuldners bei Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen, Betriebs-Berater 1999,  
S. 1990 – 1994
- Marsch-Barner, Reinhard Treuepflichten zwischen Aktionären und Verhaltenspflichten bei der Stimmrechtsausübung, ZHR 1993, S. 172 – 191
- ders. Treupflicht und Sanierung, ZIP 1996,  
S. 853 – 857
- Martens, Klaus-Peter Die GmbH und der Minderheitenschutz, GmbHHR 1984, S. 265 – 272

- ders. Der Ausschluss des Bezugsrechts, BGHZ 33, 175; Zum Interesse an wirtschaftlicher Selbstständigkeit in: Lutter, Marcus/Stimpel, Walter/Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Festschrift für R. Fischer, Berlin 1979, S. 437 – 460
- Mayer, Dieter Die Zulässigkeit der Stimmrechtsvereinbarungen im GmbH-Recht, GmbHR 1990, S. 61 – 65
- Mertens, Hans-Joachim Anmerkung zu BGH vom 29.5.1967, JR 1967, S. 462 – 463
- Mestmäcker, Ernst-Joachim Zur aktienrechtlichen Stellung der Verwaltung bei Kapitalerhöhungen, BB 1961, S. 945 – 952
- Meyer, Justus Die GmbH und andere Handelsgesellschaften im Spiegel empirischer Forschung, GmbHR 2002, S. 177 – 189
- Michalski, Lutz Die Zwangseinziehung eines GmbH-Anteils im Falle der Anteilspfändung, ZIP 1991, S. 147 – 152
- ders. (Hrsg.) Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung  
 - Band 1 (Systematische Darstellungen §§ 1-34), 3. Auflage, München 2017  
 - Band 2 (§§ 35-85, §§ 1-4 EGGmbHG), 3. Auflage, München 2017
- ders. Verbot der Stimmabgabe bei Stimmverboten und nicht nach § 16 Abs. 1 GmbHG legitimierten Nichtgesellschaftern mittels einstweiliger Verfügung, GmbHR 1991, S. 12 – 15
- Müller, Hans Friedrich Der Verband in der Insolvenz, Köln 2002

- Müller, Klaus Die Verpfändung von GmbH-Anteilen,  
GmbHHR 1969, S. 4 – 11
- ders. Zur Abtretung der Einlageforderung der  
GmbH (I. Teil), GmbHHR 1970, S. 57 – 63
- Müller, Welf OLG Düsseldorf Beschluss v. 20.3.2000 –  
3 W 429/99 mit Kurzkommentar Müller,  
EWIR 2000, S. 601 – 603
- Müller, Welf (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der GmbH,  
Winkeljohann, (Hrsg.) 4. Auflage, Mün-  
chen 2009
- ders. (Hrsg.), Beck'sches Handbuch der AG, Rödder,  
Thomas (Hrsg.) 2. Auflage, München 2009
- Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar Zivilprozessordnung, Voit,  
Wolfgang (Hrsg.) 14. Auflage, München  
2017
- Mutter, Stefan Unternehmerische Entscheidungen und  
Haftung des Aufsichtsrats der Aktienge-  
sellschaft, Köln 1994
- Nietsch, Michael Einstweiliger Rechtsschutz bei der Be-  
schlussfassung in der GmbH-Gesellschafts-  
tersammlung, GmbHHR 2006, S. 393 –  
399
- Neumann, Irmgard Leistungsbezogene Verhaltenspflichten,  
Heidelberg 1989
- Noack, Wilhelm Aktuelle Fragen der Zwangsvollstreckung  
gegen die GmbH, insbesondere in den  
GmbH-Anteil, Betrieb 1969, 471 – 474
- ders. Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften  
und Vereinen, Köln 1989
- ders. Gesellschaftervereinbarungen bei Kapital-  
gesellschaften, Tübingen 1994



- Pehle, Rudolf,  
Stimpel, Walter  
Richterliche Rechtsfortbildung,  
Heidelberg 1969
- Petermann, Gerhard  
Die Verwertung eines GmbH-Anteils,  
Rechtspfleger 1973, S. 387 – 388
- Peters, Egbert  
Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimm-  
rechtsbindungen, AcP 1957, S. 311 – 346
- Pfaff, Paul  
Zur Pfändung eines GmbH-Anteils,  
GmbHHR 1964, S. 92 – 93
- Piehler, Klaus  
Die Stimmbindungsabrede bei der  
GmbH, DStR 1992, S. 1654 – 1661
- Plessner, Ernst H.  
Was machen die Unternehmer? Über wirt-  
schaftliche Macht und gesellschaftliche  
Verantwortung, Freiburg 1974
- Pohle, Rudolf  
Kann der Drittschuldner der Klage aus ei-  
nem Pfändungsbeschluss die Pfändungs-  
verbote der §§ 850 ff. ZPO entgegenhal-  
ten?, JZ 1962, S. 344 – 350
- Priester, Hans Joachim (Hrsg.)  
Münchener Handbuch des Gesellschafts-  
rechts, Band 3 (Gesellschaft mit be-  
schränkter Haftung), 4. Auflage, München  
2012
- Prütting, Hanns (Hrsg.),  
Gehrlein, Markus (Hrsg.)  
ZPO Kommentar, 8. Auflage, Köln 2016
- Reetz, Ralf  
Die Rechtstellung des Arbeitgebers als  
Drittschuldner in der Zwangsvollstre-  
ckung, Bielefeld 1985
- Renner, Moritz,  
Hesselbarth, Marie  
Grundzüge der Unternehmensfinanzierung,  
JuS 2014, S. 11 – 15
- Reuter, Dieter  
Der Beirat der GmbH in: Lutter, Marcus/  
Ulmer, Peter/Zöllner, Wolfgang (Hrsg.),  
Festschrift 100 Jahre GmbH-Gesetz, Köln  
1992, S. 631 – 657

- Rieder, Markus S.,  
Ziegler, Benno  
Die Auswirkungen einer Pfändung von Kapitalgesellschaftsanteilen auf Strukturmaßnahmen der Gesellschaft, ZIP 2004, S. 481 – 490
- Riesser, Jacob  
Zur Revision des Handelsgesetzbuchs, Band 2, Erlangen 1889
- Röhl, Klaus F.  
Das Dilemma der Rechtstatsachenforschung, Tübingen 1974
- Römermann, Volker (Hrsg.)  
Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 3. Auflage, München 2014
- Rosenberg, Leo (Begr.),  
Gaul, Hans Friedhelm,  
Schilken, Eberhard,  
Becker-Eberhard, Ekkehard  
Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Auflage, München 2010
- ders. (Begr.),  
Schwab, Karl-Heinz (Fortf.),  
Gottwald, Peter  
Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München 2010
- Roth, Günther H.  
Pfändung und Verpfändung von Gesellschaftsanteilen, ZGR 2000, S. 187 – 222
- ders.,  
Altmeppen, Holger  
Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – Kommentar, 8. Auflage 2015
- Rotthege, Georg (Hrsg.),  
Wassermann, Bernd (Hrsg.)  
Unternehmenskauf bei der GmbH, Heidelberg 2011
- Rowedder, Heinz (Begr.)  
Schmidt-Leithoff (Hrsg.)  
GmbHG Kommentar, 5. Auflage, München 2013
- Saenger, Ingo  
Einstweiliger Rechtsschutz und materiellrechtliche Selbsterfüllung, Tübingen 1998
- ders. (Hrsg.)  
Handkommentar zur ZPO (HK-ZPO), 7. Auflage, Baden-Baden 2017

- ders. (Hrsg.),  
Inhester, Michael (Hrsg.) GmbHG Handkommentar, 3. Auflage,  
München 2016
- Schilken, Eberhard Die Befriedigungsverfügung – Zulässig-  
keit und Stellung im System des einst-  
weiligen Rechtsschutzes, Berlin 1976
- ders. Vereinfachung und Beschleunigung der  
Zwangsvollstreckung, Rechtspfleger  
1994, S. 138 – 149
- Schmidt, Karsten Die sanierende Kapitalerhöhung im Recht  
der Aktiengesellschaft, GmbH und Perso-  
nengesellschaft, ZGR 1982, S. 519 – 538
- ders. Rechtsschutz des Minderheitsgesellschaf-  
ters gegen rechtswidrige ablehnende Be-  
schlüsse – Bemerkungen zum Urteil des  
BGH vom 20. 1. 1986, NJW 1986,  
S. 2018 – 2021
- ders. Gemeinschaftsunternehmen im Recht der  
Wettbewerbsbeschränkungen, AG 1987,  
S. 333 – 341
- ders. Die Behandlung treuwidriger Stimmen in  
der Gesellschafterversammlung und im  
Prozeß, GmbHR 1992, S. 9 – 14
- ders. Die Übertragung, Pfändung und Verwer-  
tung von Einlageforderungen – Ein Beitrag  
zum Verhältnis von Gesellschafts- und In-  
solvenzrecht, ZHR 1993, S. 291 – 323
- ders. Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln 2002
- ders. Das Recht der Mitgliedschaft: Ist korpo-  
ratives Denken „passé“?, ZGR 2011,  
S. 108 – 135
- ders.,  
Lutter, Marcus Aktiengesetz Kommentar,  
II. Band (§§ 150 – 410; SpruchG), 3. Auf-  
lage, Köln 2015

- Schneider, Hans J.,  
Fritz, Stefan  
Erfolgs- und Kapitalbeteiligung – Vom  
Mitarbeiter zum Mitunternehmer, 7. Auf-  
lage, Düsseldorf 2013
- Schneider, Harald  
Formstrenge und Wertung in der Voll-  
streckungstätigkeit des Gerichtsvollzie-  
hers, DGVZ 1986, S. 130 – 137
- Schneider, Sven H.  
„Unternehmerische Entscheidungen“ als  
Anwendungsvoraussetzungen für die Bu-  
siness Judgement Rule, DB 2005,  
S. 707 – 712
- Schöfer, Florian  
Ausschluss- und Abfindungsregelungen  
gegenüber Gesellschaftern minderen  
Rechts am Beispiel des Managermodells,  
Frankfurt a.M. 2010
- Schönke, Adolf (Begr.)  
Baur, Fritz  
Zwangsvollstreckungsrecht, 13. Auflage,  
Heidelberg 2013
- Schröer, Henning  
Der wichtige Grund für den Ausschluss  
eines Gesellschafters aus der GmbH,  
Frankfurt a.M. 1995
- Scholz, Franz (Begr.)  
Kommentar zum GmbH-Gesetz  
- I. Band (§§ 1 – 34; Konzernrecht),  
10. Auflage, Köln 2006; 11. Auflage,  
Köln 2012  
- II. Band (§§ 35 – 52), 6. Auflage, Köln  
1983; 8. Auflage, Köln 1995; 11. Auf-  
lage, Köln 2014
- Schröer, Henning  
Der wichtige Grund für den Ausschluß  
eines Gesellschafters aus der GmbH,  
Frankfurt a.M. 1995
- Schuler, Hans  
Die Pfändung von GmbH-Anteilen und  
miterfaßten Ersatzansprüchen NJW 1960,  
S. 1423 – 1429



- Schulte, Hans  
Zu den Gesichtspunkten des Bundesgerichtshofes bei der Fortbildung des Gesellschaftsrechts, in: Hefermehl, Wolfgang/Gmür, Rudolf/Brox, Hans (Hrsg.), Festschrift für Harry Westermann zum 65. Geburtstag, Karlsruhe 1974, S. 525 – 540
- Schuschke, Winfried  
Lebensschutz contra Eigentumsgarantie – Zu den Grenzen des § 765a ZPO bei der Räumungsvollstreckung, NJW 2006, S. 874 – 877
- Schuschke, Winfried (Hrsg.), Walker, Wolf-Dietrich (Hrsg.)  
Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz – nach dem achten und elften Buch der ZPO einschließlich der europarechtlichen Regelungen, 5. Auflage, Köln 2011
- Schultze, Joachim, Brämer, Marie  
Blackbox Entscheidungsfindung in KMU – ein Annäherungsversuch in KMU-Innostrat Arbeitspapiere 41, 2011, S. 23 – 36
- Schwab, Martin  
Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, Tübingen 2005
- Seidel, Wolfgang  
Die mangelnde Bedeutung mitgliedschaftlicher Treupflichten im Willensbildungsprozess der GmbH, Berlin 1998
- Semler, Franz-Jörg  
Einstweilige Verfügungen bei Gesellschafterauseinandersetzungen, BB 1979, S. 1533 – 1536
- Semler, Johannes  
Einschränkung der Verwaltungsbefugnisse in einer Aktiengesellschaft, BB 1983, S. 1566 – 1573
- ders.  
Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht in: Habersack, Mathias/Hommelhoff, Peter/Hüffer, Uwe/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift Ulmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 627 – 642

- Semrau, Susanne Die Dritteinflussnahme auf die Geschäftsführung von GmbH und Personengesellschaften, Köln 2001
- Sester, Peter Zustimmungspflicht und Zustimmungsfiktion bei Personengesellschaften – Zugleich Besprechung des OLG Düsseldorf vom 6.7.1994 – 17 W 44/95, BB 1994 2306 ff., BB 1997, S. 1 – 6
- Seydel, Helmut Zwangsvollstreckung in den Geschäftsanteil einer GmbH, GmbHR 1950, S. 135 – 141
- Spindler, Gerald Prognosen im Gesellschaftsrecht, AG 2006, S. 677 – 689
- ders.  
Kepper, Katrin Funktion, rechtliche Rahmenbedingungen und Gestaltungsmöglichkeiten des GmbH-Beirats, DStR 2005, S. 1738 – 1743
- Stadler, Christina Freude am Unternehmertum, Wiesbaden 2009
- Stamm, Jürgen Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, Tübingen 2007
- ders. BGH: Zur fehlenden Pfändbarkeit des Auskunftsanspruchs aus § 51a GmbHG – Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 29.04.2013, in: LMK 2013, 348687
- Stangier, Michael H.,  
Bork, Reinhard Das Informationserzwingungsverfahren nach dem neuen GmbH-Gesetz, GmbHR 1982, S. 169 – 174

- Stein, Friedrich (Hrsg.),  
Jonas, Martin (Hrsg.)
- Kommentar zur Zivilprozessordnung,  
- Band 7 (§§704–827), 22. Auflage,  
Tübingen 2002  
- Band 8 (§§828–925h), 22. Auflage,  
Tübingen 2004  
- Band 9 (§§916–1068, EG ZPO), 22.  
Auflage, Tübingen 2002
- Stöber, Kurt
- Forderungspfändung, 15. Auflage, Bielefeld 2010
- Stürner, Rolf
- Strafrechtliche Selbstbelastung und verfahrensförmige Wahrheitsermittlung, NJW 1981, S. 1757 – 1763
- Sudhoff, Heinrich (Begr.)
- Unternehmensnachfolge, 5. Auflage, München 2005
- Teichmann, Arndt
- Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, München 1970
- Tempel, Otto
- Zwangsvollstreckung in Grundpfandrechte, JUS 1967, S. 75 – 80
- Thomas, Heinz,  
Putzo, Hans
- Zivilprozessordnung Kommentar, 38. Auflage, München 2017
- Tietze, Jörg
- Die Informationsrechte des GmbH-Gesellschafters, Köln 1985
- Timm, Wolfram
- Zur Sachkontrolle von Mehrheitsentscheidungen – dargestellt am Beispiel „strukturverändernder Entscheidungen“, ZGR 1987, S. 403 – 442
- Hachenburg, Max (Begr.),  
Ulmer, Peter (Hrsg.)
- Hachenburg – GmbHG Großkommentar  
- Erster Band (§§ 1 – 34), 8. Auflage,  
Berlin 1997  
- Zweiter Band (§§ 35 – 52), 8. Auflage,  
Berlin 1997

- ders. Die Sicherung der GmbH gegen das Überfremdungsrisiko in der Insolvenz eines Gesellschafters, ZHR 1985, S. 28 – 41
- ders. „Satzungsgleiche“ Gesellschaftervereinbarungen bei der GmbH? – Zum Für und Wider der Trennung zwischen Satzung und schuldrechtlichen Gesellschafterabreden, in: Festschrift Röhrich, Georg Crezelius/Hirte, Heribert/Vieweg, Klaus (Hrsg.), Köln 2005, S. 633 – 654
- Ulmer, Peter (Hrsg.),  
Habersack, Mathias (Hrsg.),  
Löbbe, Marc (Hrsg.) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG),  
Großkommentar  
- Band I (Einleitung; §§ 1 – 28),  
2. Auflage, Tübingen 2013  
- Band II (§§ 29 – 52), 2. Auflage,  
Tübingen 2014  
- Band III (§§ 53 – 87), 2. Auflage,  
Tübingen 2016
- Vollkommer, Max Verfassungsmäßigkeit des Vollstreckungszugriffs, Der Deutsche Rechtspfleger 1982, S. 1 – 9
- Vollmer, Michael Die Pfändbarkeit der Stammeinlagenforderung eines GmbH-Gesellschafters  
GmbHR 1998, S. 579 – 582
- Wedemann, Frauke Gesellschafterkonflikte in geschlossenen Kapitalgesellschaften, Tübingen 2013
- Weller, Marc-Phillipe Die Klagbarkeit gesellschaftsrechtlicher Treupflichten in: Hoffmann-Becking, Michael/Hüffer, Uwe/Reichert, Jochem (Hrsg.), Liber Amicorum für Martin Winter, Köln 2011, S. 755 – 774

- Wenck, Rudolf Adolf Die Einberufung der Generalversammlung bei Aktiengesellschaften, Genossenschaften, G.m.b.H., Gewerkschaften und Versicherungsvereinen, Marburg 1912
- Wenzel, Leonard Grundlinien des Arrestprozesses, MDR 1967, S. 889 – 899
- Wertenbruch, Johannes Die Haftung von Gesellschaften und Gesellschaftsanteilen in der Zwangsvollstreckung, Bonn 2000
- Westermann, Harm Peter Die GmbH & Co. KG im Lichte der Wirtschaftsverfassung, Karlsruhe 1973
- Weßling, Marc Zwangsvollstreckung in GmbH-Anteile, Köln 2000
- Wiedemann, Herbert Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München 1965
- ders. Rechtsethische Maßstäbe im Unternehmensrecht, ZGR 1980, S. 147 – 176
- ders. Entscheidungsbesprechung zu BGH vom 1.2.1988 – II ZR 75/87, JZ 1989, S. 447 – 449
- ders. Treuepflichten im Gesellschaftsrecht in: Kübler, Friedrich/Mertens, Hans-Joachim/Werner, Winfried (Hrsg.), Festschrift für Theodor Heinsius zum 65. Geburtstag, Berlin 1991, S. 949 – 966
- Wieser, Eberhard Der Grundsatz der Geeignetheit in der Zwangsvollstreckung, ZZP 1985, S. 427 – 442

- ders. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Zwangsvollstreckung – Gedanken zu der Frage, ob Vollstreckungsakte verhältnismäßig im engeren Sinn sein sollten, ZZZP 1985, S. 50 – 86
- Windbichler, Christine Gesellschaftsrecht, 23. Auflage, München 2013
- Winter, Martin Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht, München 1988
- Wohlleben, Andre Einstweiliger Rechtsschutz im Personengesellschaftsrecht, Frankfurt a.M., 1990
- Wolany, Josef Die Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, Köln 1964
- Zattler, Marc Verzahnung der Gesellschaftsverträge in der echten GmbH & Co. KG, Regensburg 2005
- Ziemons, Hildegard (Hrsg.), Jäger, Carsten (Hrsg.) Beck'scher Online-Kommentar, GmbHG, Edition 17, München 2013
- Zöllner, Richard (Begr.) Zivilprozessordnung Kommentar, 31. Auflage, Köln 2016
- Zöllner, Wolfgang Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München 1963
- ders. Die sogenannten Gesellschafterklagen im Kapitalgesellschaftsrecht, ZGR 1988, S. 392 – 440
- ders., Noack, Ulrich Geltendmachung von Beschlussmängeln im GmbH-Recht, ZGR 1989, S. 525 – 544
- ders. Zu Schranken und Wirkung von Stimmbindungsverträgen, insbesondere bei der GmbH, ZHR 1991, S. 168 – 189

ders.

Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen,  
in: Lutter, Marcus/Ulmer, Peter/Zöllner,  
Wolfgang (Hrsg.), Festschrift 100 Jahre  
GmbH-Gesetz, Köln 1992, S. 85 – 125

Zutt, Jürg

Einstweiliger Rechtsschutz bei Stimm-  
bindungen, ZHR 1991, S. 190 – 208

# Die Interessen der GmbH-Gesellschafter bei der Rechtsdurchsetzung

Daniel Kreutzmann

Die Rechtsform der GmbH ist von einem komplexen Interessengefüge der Gesellschafter geprägt, welches bei Eingriffen von außen aus dem Gleichgewicht geraten kann. Im Rahmen unterschiedlicher Konstellationen der Rechtsdurchsetzung Externer gegenüber der GmbH oder ihrer Gesellschafter einerseits, sowie bei gesellschaftsinternen Streitigkeiten andererseits, treffen diese Interessen mit den Zwecksetzungen des Prozessrechts aufeinander. Einen sachgerechten Ausgleich herzustellen, bildet angesichts der Rechtsdurchsetzung und formalisierten Zwangsvollstreckung sowie dem dynamischen, häufig rechtsfortgebildeten GmbH-Recht ein starkes Spannungsfeld. Zahlreiche Berührungspunkte entstehen dabei sowohl bei der Rechtsdurchsetzung zur Realisierung von Ansprüchen Dritter, als auch bei gesellschaftsinternen Streitigkeiten. Besonders komplex und schwierig zu bewerten sind dabei die innergesellschaftliche Entscheidungsfindung und Willensbildung, namentlich im Bereich unternehmerischer Fragestellungen.

24,50 €  
ISBN 978-3-8405-0172-2

