

Ulyana Feshko

6. Fachsemester

Examenshausarbeit im Gesellschaftsrecht
zum Thema:

„Inwieweit kann sich ein (ggf. geschäftsführender)
Minderheitsgesellschafter in einer GmbH oder Vor-GmbH gegen
Maßnahmen des geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafters wehren,
die voraussichtlich zu Nachteilen für das Gesellschaftsvermögen
führen?“

Sommersemester 2008/09

Prof. Dr. Kaspar Frey

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	I
Schriftumsverzeichnis.....	III
A. Einführung.....	1
I. Gründe für die Gefährdung der Minderheitsinteressen.....	1
1. Allgemeine Gefährdung.....	1
a.) GmbH.....	1
b.) Vor-GmbH.....	2
2. Besondere Gefährdung.....	6
II. Arten der vermögensrechtlich nachteiligen Maßnahmen.....	6
III. Gang der Untersuchung.....	7
B. Materielle Rechtslage.....	8
I. Notwendigkeit des Minderheitsschutzes.....	8
1. GmbH.....	8
2. Vor-GmbH.....	9
II. Schutzmöglichkeiten im materiellen Recht im Allgemeinen.....	10
1. Gesetzliches Stimmverbot nach § 47 IV.....	11
2. Allgemeine Prinzipien des Gesellschaftsrechts.....	11
a.) Treupflicht und Verbot rechtsmissbräuchlicher Stimmabgabe.....	12
b.) Gleichbehandlungsgrundsatz.....	13
3. Schutzmöglichkeiten durch die Gesellschaftervereinbarung.....	14
a.) Meinungsdarstellung.....	15
b.) Stellungnahme.....	15
III. Maßnahmen der 1. Gruppe: vermögensrechtliche Vorteile.....	17
1. Stimmverbot nach § 47 IV 2, 1. Alt.....	19
a.) 1. Ansicht.....	19
b.) 2. Ansicht.....	20
c.) Stellungnahme.....	21
2. Verbot treuwidriger Stimmabgabe.....	22
a.) 1. Ansicht.....	22
b.) 2. Ansicht.....	23
c.) Stellungnahme.....	24
3. Anspruch auf Geschäftsführervergütung.....	25
a.) Meinungsdarstellung.....	25
b.) Stellungnahme.....	26
4. Erhöhung erforderlicher Mehrheit bzw. Einstimmigkeit.....	26
IV. Maßnahmen der 2. Gruppe: nichtvermögensrechtliche Vorteile.....	27
V. Maßnahmen der 3. Gruppe: Haftungsausschluss.....	29
1. Weisungen.....	29
2. Entlastungen.....	30
a.) Meinungsdarstellung.....	31
b.) Stellungnahme.....	32
C. Prozessuale Rechtslage.....	32
I. Hauptverfahren.....	32
1. Rechtslage nach verbindlicher Beschlussfeststellung.....	32
2. Rechtslage bei fehlender Beschlussfeststellung.....	34
II. Einstweiliger Rechtsschutz.....	35
1. Verfügungsverfahren im Überblick.....	35

2. Verhinderung der Beschlussfassung	36
a.) Anspruch auf Unterlassung der Stimmrechtsausübung	36
aa.) Meinungsdarstellung	36
bb.) Stellungnahme.....	37
b.) Antragsgegner	38
c.) Endgültiger Charakter der Verfügung.....	38
aa.) Meinungsdarstellung	39
bb.) Stellungnahme.....	39
3. Verhinderung der Beschlussausführung.....	40
a.) Maßnahme, die keinen Gesellschafterbeschluss zwingend benötigen.....	41
b.) Antragsgegner	42
D. Zusammenfassung	43

Schriftumsverzeichnis

Achilles, Wilhelm-Albrecht/ Ensthaler, Jürgen/ Schmidt, Burkhard: Kommentar zum GmbH-Gesetz. 2005.

Altmeyden, Holger/ Roth, Günter: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 5. Aufl. 2005.

Bacher, Philipp: Die Abdingbarkeit des Stimmverbots nach § 47 Abs. 4 GmbHG in der Satzung. GmbHR 2001, S. 133-137.

Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 18. Aufl. 2006.

Bamberger, Georg/ Roth, Herbert: Beck'scher Online Kommentar zum BGB. 11 Edition. Stand: 01.11.2008.

Baumbach, Adolf/ Hueck, Alfred: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 18. Aufl. 2006.

Beckerhoff, Tom: Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung und Eigenhaftung des Stimmvertreters. 1996.

Groß, Wolfgang: Stimmrecht und Stimmrechtsausschluss bei der Testamentsvollstreckung am GmbH-Anteil. GmbHR 1994, S. 596-603.

Hopt, Klaus/ Hehl, Grüner/ Vollrath, Hans-Joachim: Handels- und Gesellschaftsrecht. Band II. Gesellschaftsrecht. 4. Aufl. 1996.

Hueck, Götz/ Windbichler, Christine: Gesellschaftsrecht. 21. Aufl. 2008.

Kieth, Kurt: Einstweilige Verfügung und Stimmrechtsausübung im Gesellschaftsrecht. DStR 1993, S. 609-612.

Kindler, Peter: Grundkurs Handels- und Gesellschaftsrecht. 2. Aufl. 2007.

Korehnke, Stephan: Treuwidrige Stimmen im Personengesellschafts- und GmbH-Recht: Sanktionen und prozessuale Behandlung. 1997.

Kraft, Alfons/ Kreutz, Peter: Gesellschaftsrecht. 11. Aufl. 2000.

Kreß, Simone: Gerichtliche Beschlusskontrolle im Kapitalgesellschaftsrecht: eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen, französischen und englischem Recht. 1996.

Lergon, Michael: Die persönliche Haftung des Gesellschafters einer GmbH. RNotZ 2003, S. 214-247.

Littbarski, Sigurd: Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht. 1996.

Lohr, Martin: Der Stimmrechtsausschluss des GmbH-Gesellschafters (§ 47 IV GmbH). NZG 2002, S. 551-561.

Markwardt, Kartsen: „Holzmüller“ im vorläufigen Rechtsschutz. WM 2004, S. 212-219.

Martens, Klaus-Peter: Die GmbH und der Minderheitsschutz. GmbHR 1984, S. 265-272.

Mayer, Dieter: Die Zulässigkeit von Stimmrechtsvereinbarungen im GmbH-Recht. GmbHR 1990, S. 61-65.

Mennicke, Petra: Zum Weisungsrecht der Gesellschafter und der Folgepflicht des Geschäftsführers in der mitbestimmungsfreien GmbH. NZG 2000, S. 622-626.

Nagel, Bernhard: Deutsches und europäisches Gesellschaftsrecht. 2000.

Nölle, Jens-Uwe: Die Eigenhaftung des GmbH-Geschäftsführers für Organisationspflichtverletzungen. 1995.

Oppenländer, Frank/ Trölitzsch, Thomas: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung. 2004.

Picot, Gerhard: Mehrheitsrechte und Minderheitsschutz in der Personengesellschaft. BB 1993, S. 13-21.

Rauscher, Thomas/ Wax, Peter/ Wenzel, Joachim: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Band 2. §§ 511-945. 3. Aufl. 2007.

Remmert, Martin/ Schmalz, Georg: Wirksamkeit von Gesellschafterbeschlüssen unter Beteiligung des Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführers über die Einführung oder Erhöhung seiner Geschäftsführervergütung. GmbHR 2008, S. 85-90.

Rowedder, Heinz/ Schmidt-Leithoff, Christian: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Kommentar. 4. Aufl. 2002.

Schaub, Bernhard: Die Haftung des Geschäftsführers einer GmbH gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftern (Teil I). DStR 1992, S. 985-989.

Schmidt, Karsten: Behandlung treuwidriger Stimmen in der Gesellschafterversammlung und im Prozess. GmbHR 1992, S. 9-14.

Siegmund, Iris: Stimmverbote im GmbH-Recht. BB 1981, S. 1674-1679.

Thomas, Heinz/ Putzo, Hans: Zivilprozessordnung. Kommentar. 28. Aufl. 2007.

Werner, Rüdiger: Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschafterstreit in der GmbH. NZG 2006, S. 761-765.

Wilhelm-Albrecht, Achilles/ Ensthaler, Jürgen/ Schmidt, Burkhard: Kommentar zum GmbH-Gesetz. 2005.

Ziemons, Hildegard/Jaeger, Carsten: Beck'scher Online-Kommentar zum GmbHG. Stand:
1.03.2009.

A. Einführung

Die vorliegende Examenshausarbeit befasst sich mit dem Thema: „Inwieweit kann sich ein (ggf. geschäftsführender) Minderheitsgesellschafter in einer GmbH oder Vor-GmbH gegen Maßnahmen des geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafters wehren, die voraussichtlich zu Nachteilen für das Gesellschaftsvermögen führen?“

Die genannte Fragestellung betrifft somit die Problematik des Minderheitsschutzes innerhalb einer GmbH oder Vor-GmbH, in der der Mehrheitsgesellschafter zugleich ein Geschäftsführer ist. Im Rahmen der Einführung in das Thema ist zunächst die Frage zu erörtern, welche Gefahren für die Interessen eines Minderheitsgesellschafters in einer GmbH und Vor-GmbH bestehen. Weiterhin werden auch die für das Gesellschaftsvermögen möglicherweise nachteiligen Maßnahmen des geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafters präzisiert. Schließlich wird der Gang der Untersuchung dargestellt.

I. Gründe für die Gefährdung der Minderheitsinteressen

Ein Minderheitsgesellschafter innerhalb einer GmbH, in welcher der Mehrheitsgesellschafter zugleich ein Geschäftsführer ist, werden in ihren gesellschafterbezogenen Interessen aus mehreren Gründen gefährdet. Zum einen ist dies auf die allgemeinen Gefahren des Machtmissbrauchs durch den Mehrheitsgesellschafter zurückzuführen. Zum anderen schafft die doppelte Organstellung des geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafters eine besondere Gefährdung der Minderheitsinteressen.

1. Allgemeine Gefährdung

a.) GmbH

Ein Gesellschafter innerhalb der GmbH, der über mehr als 50% des Stammkapitals verfügt, hat eine Machtstellung. Diese basiert auf der generellen Geltung des Mehrheitsprinzips. Das Prinzip besagt, dass die Beschlüsse der GmbH nicht durch die Zustimmung aller Gesellschafter, sondern nur durch die Zustimmung der Mehrheit

gefasst werden. Das Mehrheitsverhältnis wird durch die Mehrheit der abgegebenen Stimmen ermittelt. Ausreichend ist insoweit normalerweise die einfache Mehrheit gem. § 47 I GmbHG,¹ in Sonderfällen ist auch eine qualifizierte Mehrheit nach § 53 II, d.h. eine Dreiviertelmehrheit der abgegebenen Stimmen, erforderlich. Die Stimmenmehrheit wird gem. § 47 II nach Kapitalanteilen geregelt: jeder Euro eines Geschäftsanteils gewährt eine Stimme. Der Nennbetrag des Geschäftsanteils richtet sich gem. § 14 nach der übernommenen Stammeinlage. Die Stimmrechtsmacht steht somit im gleichläufigen Verhältnis zur Kapitalbeteiligung. Beschlüsse können daher grundsätzlich auch gegen den Willen eines Minderheitsgesellschafters gefasst werden.

Angesichts der inneren Struktur der GmbH bedeutet die Stimmrechtsmacht zugleich eine Möglichkeit der Einflussnahme auf die Geschäftsführung. Die GmbH besteht aus zwei zwingenden Organen: einem oder mehreren Geschäftsführern als Handlungsorgan (§§ 6, 35 ff.) und der Gesamtheit der Gesellschafter als Willensbildungsorgan, welche zumeist in Form der Gesellschafterversammlung handelt. (§§ 45 ff.). Nach §§ 45, 46 haben die Gesellschafter eine Generalkompetenz zur Geschäftsführung.² Insofern liegen die maßgeblichen unternehmenspolitischen Entscheidungen in den Händen der Gesamtheit der Gesellschafter. Die Gesellschafter sind befugt, den Geschäftsführer gem. § 46 Nr. 5 zu bestellen und abuberufen und ihm nach § 37 I Weisungen zu erteilen. Im Hinblick auf die übergeordnete Organstellung der Gesamtheit der Gesellschafter kann der Mehrheitsgesellschafter eigenmächtig durch die Beschlussfassung Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen.

b.) Vor-GmbH

Eine Vorgesellschaft, die auch als Vor-GmbH bezeichnet wird, entsteht mit dem Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrages.³ Nach allgemeiner Auffassung ist die Vorgesellschaft fähig, Träger

¹ §§ ohne Zusatz betreffen im Folgenden das GmbHG.

² Nagel, S. 173.

³ Lergon, RNotZ 2003, 214, 215.

von Rechten und Pflichten zu sein; sie ist grundbuch-, konto-, insolvenz- sowie parteifähig.⁴ Bezüglich einer Vor-GmbH, die später eingetragen wird, besteht weitgehende Übereinstimmung, dass die Vorgesellschaft weder GbR noch OHG ist, sondern als notwendige Durchgangsstation auf dem Weg zur GmbH eine Rechtsform eigener Art ist.⁵ Auf die „werdende GmbH“ sind die Regeln des GmbH-Rechts entsprechend analog anwendbar, soweit dies dem Willen der Gesellschafter entspricht und nicht den gesetzgeberischen Zielen entgegensteht, die mit der registergerichtlichen Prüfung verfolgt werden.⁶ Von dem Zeitpunkt, ab dem die Eintragsabsicht entfällt, ist die bis dahin bestehende Vorgesellschaft in eine OHG oder GbR umgewandelt.⁷ Umstritten ist die Frage, ob die Minderheitsinteressen auch in einer Vorgesellschaft durch das Mehrheitsprinzip analog § 47 I gefährdet werden. Während eine im Schrifttum vertretene Auffassung von der Einstimmigkeit der Gesellschafter in allen Gesellschaftsangelegenheiten ausgeht,⁸ bejaht die Gegenansicht für die Gesellschafterbeschlüsse zur laufenden Geschäftsführung die analoge Anwendung von § 47 I,⁹ verneint aber gleichzeitig die Analogie zu §§ 53 ff. und setzt bezüglich der Maßnahmen, die das Grundverhältnis betreffen, die Einstimmigkeit voraus.¹⁰ Die erstgenannte Ansicht begründet das Einstimmigkeitserfordernis damit, dass der Schutz der Minderheitsgesellschafter gegen Mehrheitsentscheidungen in einer Vorgesellschaft in Anlehnung an das Personengesellschaftsrecht noch stärker ausgeprägt sein muss.¹¹

Um den Streit zwischen den beiden entgegenstehenden Ansichten zu entscheiden, ist zunächst die Frage zu klären, welche Kriterien für die Begründung des Einstimmigkeitserfordernisses in einer

⁴ Lergon, RNotZ 2003, 214, 215.

⁵ Roth/Altmeppen, GmbHG, § 11, Rn. 39.

⁶ Roth/Altmeppen, GmbHG, § 11, Rn. 39.

⁷ Lergon, DNotZ 2003, 214, 216.

⁸ Roth/Altmeppen, GmbHG, § 47, Rn. 15.

⁹ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 11, Rn. 9.

¹⁰ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 11, Rn. 8.

¹¹ Roth/Altmeppen, GmbHG, § 11, Rn. 62.

OHG bzw. GbR nach § 119 I HGB bzw. § 709 I BGB und des Mehrheitsprinzips in einer GmbH nach § 47 I gelten. Die Verteilung der Stimmrechtsmacht hängt eng mit den wirtschaftlichen Risiken, die die Gesellschafter tragen – und somit mit der Frage des Haftungsmaßstabs – zusammen. Gem. § 13 II haftet nur das Gesellschaftsvermögen für die Schulden der GmbH. Das wirtschaftliche Risiko der GmbH-Gesellschafter beschränkt sich somit auf die Höhe ihrer Kapitalanteile. Demgegenüber haften die Gesellschafter einer OHG bzw. einer GbR für die Gesellschaftsverbindlichkeiten uneingeschränkt akzessorisch nach §§ 128 HGB ff. direkt bzw. analog.¹² Für das Einstimmigkeitserfordernis ist somit der unbeschränkte Haftungsumfang, der die Schutzwürdigkeit aller Gesellschafter begründet, ein entscheidendes Kriterium. Demgegenüber stellt das Mehrheitsprinzip auf die ungleichmäßige Risikoverteilung ab und basiert auf dem folgenden Gedanken: Je höher das wirtschaftliche Risiko ist, desto stärker müssen die wirtschaftlichen Interessen geschützt werden.

Weiterhin ist für den Streitentscheid zu erörtern, welche wirtschaftlichen Risiken ein Minderheitsgesellschafter in einer Vor-GmbH trägt. Für die Haftung der Gesellschafter in einer Vor-GmbH muss differenziert werden, ob die GmbH später zur Eintragung gelangt oder ob die Eintragung der Gesellschaft unterbleibt. Die analoge Anwendung von § 13 II bei einer Vor-GmbH, die später auch eingetragen wird, steht dem Ziel der Registerprüfung entgegen. Dieses besteht darin, das Vertrauen der Gläubiger in zweierlei Hinsicht zu schützen. Zum einen darf der Gläubiger darauf vertrauen, dass die Summe des Stammkapitals tatsächlich zum Zeitpunkt der Eintragung vorhanden ist. Dies ergibt sich schon aus § 10 I, wonach die Höhe des Stammkapitals zum Inhalt der Eintragung in das Handelsregister gehört. Beschränkte sich jedoch das Risiko der Gründergesellschafter nur auf die Stammkapitalziffer, würde es im Fall der Überschuldung

¹² *Kindler*, § 10, Rn. 90, 113.

bei der Eintragung gleich zur Insolvenz führen. Solche Konsequenzen würden viele Gläubiger schädigen und dadurch große Hindernisse für die Funktionsfähigkeit des Rechtsverkehrs schaffen. Bei der Eintragung muss daher das Vertrauen in die Geschäftsfähigkeit der GmbH geschützt werden. Vor diesem Hintergrund müssen die Gesellschafter bei der Eintragung nicht nur die Unterbilanz, sondern auch die Überschuldung anteilig nach dem Verhältnis ihrer Beteiligung ausgleichen.¹³ Es handelt sich dabei um eine so genannte Vorbelastungshaftung.¹⁴ Bei fehlender Eintragungsabsicht kann sich die Haftung einer Vor-GmbH nicht mehr auf den Ausgleich der Unterbilanz beziehen. Es müssen aber die Schulden der Vorgesellschaft von den Gesellschaftern anteilig im Rahmen so genannter Verlustdeckungshaftung gedeckt werden.¹⁵

Die Haftung der Gesellschafter einer Vor-GmbH ähnelt somit dem Umfang nach der Haftung der Gesellschafter in einer Personengesellschaft. In dieser Hinsicht ist ein Minderheitsgesellschafter in einer Vor-GmbH schutzwürdiger als in einer GmbH. Im Unterschied zu einer OHG oder GbR ist die Haftungsverteilung in einer Vor-GmbH allerdings nicht gleichmäßig und knüpft wie in einer GmbH an die Kapitalbeteiligung an. Daher trägt der Mehrheitsgesellschafter einer Vor-GmbH ein größeres wirtschaftliches Risiko als die Minderheitsgesellschafter. Für den Streitentscheid ist fraglich, auf welchen von den beiden Aspekten der Gesellschafterhaftung in einer Vor-GmbH – den Haftungsumfang oder die Risikoverteilung – abzustellen ist. Die Frage hängt mit der Abwägung der Minderheits- und Mehrheitsinteressen zusammen. Das Einstimmigkeitserfordernis bietet einen gerechteren Ausgleich zwischen den Gesellschafterinteressen. Danach wird keiner von den Gesellschaftern seinen eigenen Willen ohne Zustimmung des anderen durchsetzen können. In Bezug auf die größere

¹³ Roth/Altmeyen, GmbHG, § 11, Rn. 50.

¹⁴ Lergon, RNotz 2003, 214, 219.

¹⁵ Lergon, DNotZ 2003, 214, 216.

Schutzbedürftigkeit eines Minderheitsgesellschafters in einer Vor-GmbH als in einer GmbH ist ein solcher billiger Interessenausgleich geboten. Die erstgenannte Ansicht ist daher vorzuziehen und das Einstimmigkeitserfordernis durch die analoge Anwendung von § 119 I HGB bzw. § 709 I BGB zu bejahen. Angesichts des Einstimmigkeitserfordernisses kann der Mehrheitsgesellschafter einer Vor-GmbH sein gesellschaftsfremdes Interesse noch nicht durchsetzen. Er kann aber dem Minderheitsgesellschafter dadurch schaden, dass er die Durchsetzung der berechtigten Minderheitsinteressen verhindert.

2. Besondere Gefährdung

Das allgemeine Risiko des Machtmissbrauchs intensiviert sich dann, wenn der Mehrheitsgesellschafter zugleich ein Geschäftsführer ist. Es handelt sich in diesem Fall um einen Interessenkonflikt in der Person des geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafters: Dem Interesse des Gesellschafters an möglichst günstigen Arbeitsbedingungen steht das Interesse der Gesellschaft an möglichst geringen Lasten gegenüber. In einer GmbH kann der Mehrheitsgesellschafter daher versuchen, die Interessen, die er in seiner Funktion als Geschäftsführer hat, durchzusetzen und in einer Vor-GmbH zumindest die Durchsetzung der gesellschaftsbezogenen Minderheitsinteressen zu verhindern.

II. Arten der vermögensrechtlich nachteiligen Maßnahmen

Eine für die Bearbeitung des Themas entscheidende Frage geht dahin, was unter den für das Gesellschaftsvermögen nachteiligen Maßnahmen zu verstehen ist. Da der Begriff der allgemeinen Gefahren sehr weit auszulegen ist, ist es hier erforderlich sich auf die Darstellung bestimmter Punkte zu beschränken. Daher bezieht sich die Untersuchung ausschließlich auf die besondere Gefahr für die Minderheitsinteressen, die der Interessenkonflikt des Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführers in sich birgt. Dabei sind drei Gruppen von Interessenkonflikten zu unterscheiden.

Besonders praxisrelevant ist die erste Gruppe. Dazu gehören die Maßnahmen, die für den Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer wirtschaftlich vorteilhaft sind. Es kommen folgende Vergütungsleistungen an einen Geschäftsführer in Betracht: laufende monatliche Bezüge, jährliche Bezüge wie Urlaubsgelder oder Weihnachtsgelder, umsatzbezogene Tantiemen oder Prämien, Übernahme von Sozialabgaben, Zuschüsse zur freiwilligen Krankenversicherung usw.

Die zweite Gruppe umfasst die Maßnahmen, die nichtwirtschaftliche Interessen des Mehrheitsgesellschafters in seiner Funktion als Geschäftsführer betreffen. Dazu gehört beispielsweise der Neubau eines Geschäftshauses auf dem Grundstück der GmbH oder das Mieten einer neuen Geschäftswohnung, solange sie nicht zur privaten Nutzung des Geschäftsführers zur Verfügung gestellt werden. Andernfalls werden sie der ersten Gruppe der Maßnahmen zugeordnet.

In seiner Rolle als Geschäftsführer kann der Mehrheitsgesellschafter schließlich versuchen, Maßnahmen zu ergreifen, die seine Geschäftsführerhaftung gegenüber der Gesellschaft nach § 43 II ausschließen. Hiervon unberührt bleibt allerdings seine Haftung im Außenverhältnis gegenüber Dritten. Dies ergibt sich schon aus § 43 III 3 und aus § 64 III 3, der auf § 43 III verweist. Bei der Inanspruchnahme des Geschäftsführers hat er jedoch in einem solchen Fall einen Freistellungsanspruch gegen die Gesellschaft.¹⁶ Die Fälle des Haftungsausschlusses des Geschäftsführers im Innenverhältnis zur GmbH sind für das Gesellschaftsvermögen wirtschaftlich nachteilig und bilden daher eine dritte Gruppe von vermögensrechtlich nachteiligen Maßnahmen des geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafters.

III. Gang der Untersuchung

Die Schutzmöglichkeiten des Minderheitsgesellschafters in den Fällen der Interessenkonflikte des geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafters hängen in erster Linie von der

¹⁶ *Schaub*, DStR 1992, 985, 988.

Beantwortung der materiell-rechtlichen Frage ab, ob und inwieweit die Stimmrechtsmacht des geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafters diesbezüglich einer Einschränkung bedarf. Dies sowie die anderen materiell-rechtlichen Fragen werden im nun folgenden Teil B der vorliegenden Arbeit erläutert.

Der Teil C der Arbeit ist prozessual-rechtlichen Fragen gewidmet, insbesondere der Problematik des einstweiligen Rechtsschutzes in Bezug auf die Verhinderung der Beschlussfassungen und der Beschlussausführungen in Fällen, in denen der Mehrheitsgesellschafter seine Stimmrechtsmacht missbraucht.

B. Materielle Rechtslage

I. Notwendigkeit des Minderheitsschutzes

Im Rahmen der Erläuterung der materiellen Rechtslage ist zunächst auf die Frage einzugehen, inwieweit die Minderheitsinteressen in einer GmbH sowie in einer Vor-GmbH schutzwürdig sind.

1. GmbH

Nach § 47 I wird dem Interesse des Mehrheitsgesellschafters an seiner Einflussnahme auf das Verbandsgeschehen ein höheres Gewicht als dem gleichen Interesse des Minderheitsgesellschafters zugemessen. Legitimiert ist eine solche Interessenabwägung durch den Grundsatz der Autonomie der kollektiven Willensbildung nach Art. 9 I GG allerdings nur dann, wenn sie auf dem präsumtiven Interessengleichlauf basiert.¹⁷ Dies ergibt sich schon aus § 705 BGB, wonach die Gesellschafter zur Erreichung eines gemeinsamen im Gesellschaftsvertrag niedergelegten Zwecks verpflichtet sind. Aus dieser Grundnorm des gesamten Korporationsrechts geht die besondere Bedeutung der Zweckbindung für alle Gesellschaftsformen hervor.¹⁸ Es wird somit vermutet, dass jeder Gesellschafter bei seiner Stimmabgabe die Verfolgung eines gemeinsamen Interesses bezweckt, das auf dem gemeinschaftlichen Zweck beruht. Nur die auf dem gemeinschaftlichen Zweck beruhenden Gesellschafterinteressen

¹⁷ Roth/Altmeyen, GmbHG, § 47, Rn. 55.

¹⁸ Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 93.

werden somit in die Interessenabwägung des § 47 I einbezogen. Nicht umfasst davon werden dagegen die Privatinteressen, die dem gemeinschaftlichen Zweck widersprechen.

Es kann aber trotzdem vorkommen, dass der Mehrheitsgesellschafter ein solches Privatinteresse durch seine Stimmrechtsmacht nach § 47 I durchzusetzen versucht. Eine uneingeschränkte Machtstellung des Mehrheitsgesellschafters liefe in einem solchen Fall darauf hinaus, dass er dem Minderheitsgesellschafter jeden formell ordnungsgemäß zustande gekommenen Beschluss aufzwingen könnte, ohne Rücksicht auf Inhalt und Ausmaß der Beeinträchtigung von Minderheitsinteressen.¹⁹ Dem steht wiederum § 705 BGB entgegen, wonach deutlich wird, dass die Gesellschafter ein dauerhaftes Rechtsverhältnis nur unter der Bedingung eingehen, gegenseitig Rücksicht auf den Gesellschaftszweck zu nehmen. Andernfalls wären die berechtigten Interessen des Minderheitsgesellschafters von Anfang an ungeschützt, so dass er keinen Beteiligungswillen an der Gesellschaft hätte. Stimmt der Mehrheitsgesellschafter der Einhaltung seiner Rücksichtnahmepflichten schon bei der Gesellschaftsgründung stillschweigend zu, muss er seine Pflichten in der Zukunft auch tatsächlich erfüllen. Um das berechnigte Minderheitsinteresse zu schützen, muss daher in solchen Fällen die Anwendung von § 47 I für die gesellschaftsfremden Privatinteressen ausgeschlossen sein.

2. Vor-GmbH

Es stellt sich weiterhin die Frage, ob der Minderheitsschutz bei Interessenkollisionen auch in der Vor-GmbH notwendig ist. Dagegen kann die Tatsache sprechen, dass die Minderheitsinteressen schon durch die Möglichkeit, die Beschlussfassung durch das Einstimmigkeitserfordernis zu verhindern, hinreichend geschützt sind. Allerdings basiert das Einstimmigkeitserfordernis auf dem Prinzip, dass alle Gesellschafterinteressen gleichrangig sind. Bejaht man die

¹⁹ *Krefß*, S. 1.

Einstimmigkeit aller Gesellschafter als hinreichender Schutz, stellt man somit das gesellschaftsfremde Sonderinteresse des Mehrheitsgesellschafters dem gesellschaftsbezogenen Minderheitsinteresse gleich. Eine solche Gewichtung widerspricht dem Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme nach § 705 BGB. Der effektive Minderheitenschutz bei Verletzung der Rücksichtnahmepflichten seitens des Mehrheitsgesellschafters ist nur dann möglich, wenn der Vorrang des berechtigten Minderheitsinteresses vor dem gesellschaftsfremden Mehrheitsinteresse tatsächlich gewährleistet wird. Für den Vorrang des berechtigten Minderheitsinteresses spricht außerdem die inhaltliche Gestaltung des GmbHG. Weder die Einstimmigkeit noch die Erhöhungen der erforderlichen Mehrheit werden vom GmbHG für Fälle der Interessenkollisionen vorgesehen. Vielmehr sieht der Gesetzgeber beim Vorliegen bestimmter Umstände, die auf einen Interessenkonflikt schließen lassen, das Stimmverbot für den befangenen Gesellschafter nach § 47 IV vor. Durch den Stimmrechtsausschluss im Falle einer Interessenkollision wird jedem berechtigten Interesse ein höheres Gewicht als dem gesellschaftsfremden Interesse zugemessen. Gilt eine solche Interessenabwägung direkt für die GmbH-Gesellschafter, soll sie auch für die Gesellschafter einer Vor-GmbH analog gelten, weil sie angesichts ihrer bestehenden persönlichen Haftung sogar schutzwürdiger sind. Folglich ist ein weitergehender Minderheitenschutz gegen die Interessenkollisionen auch bei der einstimmigen Beschlussfassung aller Gesellschafter notwendig.

II. Schutzmöglichkeiten im materiellen Recht im Allgemeinen

Im Falle eines Interessenkonfliktes in der Person des Mehrheitsgesellschafters einer GmbH oder Vor-GmbH wird weiterhin das Problem angesprochen, auf welche Weise die Minderheitsinteressen geschützt werden können.

1. Gesetzliches Stimmverbot nach § 47 IV

Eine starre Stimmrechtsschranke ergibt sich aus § 47 IV.²⁰ Danach ist das Stimmrecht der Gesellschafter unter bestimmten Umständen, die auf die Interessenkollisionen schließen lassen, generell ausgeschlossen. Es sind nach § 47 IV vier Fallgruppen von Interessenkollisionen zu unterscheiden: Entlastung, Befreiung von einer Verbindlichkeit, Vornahme eines Rechtsgeschäfts und Rechtsstreit gegenüber einem Gesellschafter. Der § 47 IV basiert auf dem Gedanken, dass kein Gesellschafter "Richter in eigener Sache sein darf."²¹ Der Schutzzweck dieser Norm ist es, die Konfliktsituation zwischen den Interessen der Gesellschaft und den Privatinteressen des Gesellschafters dadurch zu neutralisieren, dass der im Konflikt Befangene von der Willensbildung ausgeschlossen wird.²² Dabei werden besonders gefährliche Interessenkollisionen neutralisieren. Solche liegen dann vor, wenn die Gesellschafts- und Gesellschafterinteressen in einer Weise miteinander in Widerstreit stehen, dass von dem betroffenen Gesellschafter nicht erwartet werden kann, er werde seine eigenen Belange denen der Gesellschaft unterordnen.²³ Die Stimmverbote greifen allerdings dann nicht ein, wenn alle Gesellschafter bei Beschlussgegenstand vom selben Ausschlussstatbestand gleichmäßig betroffen sind.²⁴ Anderenfalls wäre die Tätigkeit der GmbH oder Vor-GmbH blockiert.

2. Allgemeine Prinzipien des Gesellschaftsrechts

Das gesetzliche Stimmverbot nach § 47 IV direkt oder analog schließt nicht alle für den Minderheitsgesellschafter einer GmbH oder Vor-GmbH gefährlichen Interessenkollisionen aus. Daher wird sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Rechtslehre allgemein anerkannt, dass das im Kapitalrecht geltende Mehrheitsprinzip einer weiteren Einschränkung bedarf.²⁵ Eine

²⁰ OLG, Saarbrücken, Urt. v. 07.02.2007, BeckRS 2007, 04034.

²¹ *Siegmund*, BB 1981, 1674.

²² *Roth/Altmeppen*, GmbHG, § 47, Rn. 56.

²³ BGH, Urt. v. 2.10.2000, DStR 2001, 1260.

²⁴ *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 47, Rn. 95.

²⁵ *Krefß*, S. 37.

dogmatische Begründung dafür liefern die allgemeinen Prinzipien des Gesellschaftsrechts.

a.) Treupflicht und Verbot rechtsmissbräuchlicher Stimmabgabe

Eine außerhalb des GmbHG liegende Schranke der Mehrheitsherrschaft ergibt sich zunächst aus der gesellschaftsrechtlichen Treupflichten.²⁶ Als gesetzliche Grundlage dafür wird sowohl § 242 BGB²⁷ als auch § 705 BGB angesehen.²⁸ Nach § 242 BGB ist der Schuldner verpflichtet, seine Leistung unter Beachtung des Grundsatzes von Treu und Glauben zu bewirken. Im Gesellschaftsrecht wird der Grundsatz von Treue und Glauben in die gesellschaftsrechtlichen Treupflichten umgewandelt. Aufgrund der persönlichen Bindung und der Dauerhaftigkeit der Rechtsbeziehung erwachsen den Gesellschaftern gegenseitige Pflichten zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Gesellschaftsinteressen sowie auf die individuellen Gesellschafterinteressen.²⁹ Daraus folgt, dass nicht nur der Mehrheitsgesellschafter seine Machtstellung nicht missbrauchen, sondern auch der Minderheitsgesellschafter die ihm zustehenden Abwehrrechte nicht ausnutzen darf.

Die Anerkennung einer Rücksichtspflicht des Mehrheitsgesellschafters begründet im Einzelfall Schadensersatzpflichten nach § 280 I BGB³⁰ sowie das Verbot der rechtsmissbräuchlichen Stimmabgabe. Dieses liegt dann vor, wenn ein Gesellschafter Sondervorteile für sich verfolgt und dabei keine Rücksicht auf die Interessen der anderen Gesellschafter nimmt.³¹ Es handelt sich dabei um eine bewegliche Schranke des Stimmrechtsmissbrauchs, die mit dem konkreten Beschlussinhalt zusammenhängt.³²

²⁶ *Remmert/Schmalz*, GmbHR 2008, 85, 86.

²⁷ *Bamberger/Roth/Grüneberg/Sutschet*, BGB, § 242, Rn. 40.

²⁸ *Beckerhoff*, S. 40.

²⁹ *Martens*, GmbHR 1984, 265, 267.

³⁰ *Martens*, GmbHR 1984, 265, 267.

³¹ *Remmert/Schmalz*, GmbHR 2008, 85, 86.

³² OLG, Saarbrücken, Urt. v. 07.02.2007, BeckRS 2007, 04034.

Als Maßstab für die Verletzung des Verbots der rechtsmissbräuchlichen Stimmabgabe verlangt die Rechtsprechung eine unter Abwägung der Interessen und der Verhältnismäßigkeit von Mittel und Zweck zu beurteilende sachliche Rechtfertigung und statuiert damit eine Ermessenskontrolle.³³ Einer solchen Kontrolle unterliegt der Gesellschafter dann nicht, wenn seine Beschlusskompetenz sich innerhalb der Grenzen seines unternehmerischen Ermessens bewegt.³⁴ Die Anerkennung des Ermessensspielraumes ist damit begründet, dass der Erfolg einer unternehmerischen Entscheidung von vielen nicht steuerbaren, externen Umständen abhängt, die daher keiner umfassenden inhaltlichen Nachprüfung durch das Gericht unterliegen können.³⁵ Die Stimmrechtsausübung des Gesellschafters bewegt sich innerhalb des Ermessensbereichs solange, wie er nachweisen kann, dass zum Zeitpunkt der Abstimmung seine Stimmrechtsausübung objektiv geeignet erschien, dem Wohl der Gesellschaft zu dienen.³⁶

b.) Gleichbehandlungsgrundsatz

Eine weitere Inhaltsgrenze der Mehrheitsherrschaft wird von dem Gleichbehandlungsgrundsatz gezogen. Dieser basiert auf der Gleichbehandlung aller Gesellschafter entsprechend ihrer Mitgliedschaft in der GmbH und damit in erster Linie der Nennbeträge der Beteiligung.³⁷ Die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Verbandsrecht ist wiederum auf § 705 BGB zurückzuführen. Der freiwillige Zusammenschluss der Gesellschafter wäre nie erfolgt, wenn sie von ihrer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung ausgegangen wären. Im Gegensatz zum Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 GG wird hiermit keine allgemeine Gleichheit gefordert, sondern – negativ formuliert – ein Verbot unsachlicher Differenzierung zwischen den

³³ BGH, Urt. v. 13.3.1978, BGHZ 71, 40.

³⁴ *Beckerhoff*, S. 74.

³⁵ *Beckerhoff*, S. 74.

³⁶ *Beckerhoff*, S. 74.

³⁷ *Mayer*, GmbHR 1990, 61, 64.

Gesellschaftern statuiert.³⁸ Ausgeschlossen wird jede sachlich nicht gerechtfertigte, willkürliche Ungleichbehandlung.³⁹ Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz kann sich ein Abwehrrecht gegen die Bevorzugung anderer und gegen die Auferlegung von Nachteilen ergeben, die nicht alle Mitglieder gleichermaßen treffen.⁴⁰

3. Schutzmöglichkeiten durch die Gesellschaftervereinbarung

Fraglich ist schließlich, ob die Minderheitsinteressen durch die Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern geschützt werden können. Zum Zwecke des Minderheitsschutzes gegen Interessenkollisionen wären folgende von § 47 IV abweichende Satzungsregelungen denkbar: die Erweiterung des Stimmrechtsausschlusses, die Erhöhung der erforderlichen Mehrheit, wenn dadurch eine Sperrminorität geschaffen wird, oder sogar das Einstimmigkeitserfordernis bei bestimmten Interessenkollisionen. Die Sperrminorität setzt eine Mindestanzahl von Stimmen fest, die die Beschlussfassung in einer GmbH verhindern kann.⁴¹

Ob und inwieweit solche Vereinbarungen zulässig sind, hängt allerdings von der Frage der Dispositivität bzw. Abdingbarkeit des § 47 IV ab. Unbedenklich ist die abweichende Satzungsgestaltung bei Ergänzungen und Erweiterungen des Stimmrechtsausschlusses.⁴² Dies ergibt sich schon daraus, dass das in § 47 I enthaltene Mehrheitsprinzip angesichts der Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter eine dispositive Vorschrift ist.⁴³ Dagegen stellen die Erhöhung der erforderlichen Mehrheit, wenn dadurch eine Sperrminorität geschaffen wird, sowie das Einstimmigkeitserfordernis bei bestimmten Interessenkollisionen eine Einschränkung des Stimmverbots nach § 47 IV dar, weil dadurch im Gegensatz zum Stimmrechtsausschluss die Einwirkung des Befangenen auf die Beschlussfassung nicht ausgeschlossen

³⁸ *Kreß*, S. 11.

³⁹ *Picot*, BB 1993, 13, 16.

⁴⁰ *Martens*, GmbHR 1984, 265, 266.

⁴¹ *Oppenländer/Trölitzsch/Baumann*, § 15, Rn. 12.

⁴² *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 47, Rn. 106.

⁴³ *Wicke*, GmbHG, § 47, Rn. 4.

wird. Umstritten ist, ob § 47 IV in Bezug auf den Ausschluss bzw. die Einschränkung des Stimmverbots bei bestimmten Interessenkollisionen dispositiv ist.

a.) Meinungsdarstellung

Nach der Ansicht der Rechtsprechung ist keine Befreiung vom Stimmverbot nach § 47 IV möglich, wenn es sich um die Entlastung und die Befreiung von einer Verbindlichkeit sowie der Einleitung des Rechtsstreits handelt.⁴⁴ Als wirksam hat allerdings die Rechtsprechung die Satzungsklausel einer GmbH angesehen, die abweichend von § 47 IV 2, 1. Alt. dem Gesellschafter die Mitwirkung an einem Beschluss erlaubt, der ein ihm gegenüber vorzunehmendes Rechtsgeschäft betrifft.⁴⁵ Die Voraussetzung der Wirksamkeit ist, dass das Rechtsgeschäft nicht durch einen wichtigen Grund veranlasst wird.⁴⁶ Demgegenüber wird von der Gegenansicht die Meinung vertreten, dass sämtliche Stimmverbote des § 47 IV dispositiv sind.⁴⁷

b.) Stellungnahme

Gegen die Ansicht der Rechtsprechung könnte zunächst der Wortlaut des § 45 II sprechen, wonach die §§ 46-51 nur "in Ermangelung besonderer Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages" gelten. Der § 45 II ist allerdings dahingehend einzuschränken, dass Vorschriften, die Ausdruck unverzichtbarer körperschaftsrechtlicher Prinzipien sind, nicht der Satzungsautonomie unterliegen.⁴⁸ Eine solche unverzichtbare Grundlage der Gesellschaft könnte die Autonomie der Willensbildung nach Art. 9 I GG sein. Dieser Grundsatz umfasst sowohl das Verbot des Inlichgeschäfts nach § 181 BGB als auch das Verbot „des Richtens in eigenen Sachen“. Die Dispositivität des § 181 BGB ergibt sich schon aus dem Wortlaut dieser Vorschrift. Im Rahmen der Autonomie der Willensbildung könnte

⁴⁴ BGH, Urt. v. 28.02.1994, DSStR 1994, 896.

⁴⁵ OLG Hamm, Urt. v. 5.11.2002, NZG 2003, 545.

⁴⁶ OLG Hamm, Urt. v. 5.11.2002, NZG 2003, 545.

⁴⁷ *Bacher*, GmbHR 2001, 133, 135.

⁴⁸ *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 45, Rn. 5.

aber das Verbot „des Richtens in eigenen Sachen“ eine unverzichtbare Grundlage der Gesellschaft darstellen. Demgegenüber lässt sich jedoch einwenden, dass die Minderheitsinteressen schon dadurch hinreichend geschützt sind, dass der Minderheitsgesellschafter dem Ausschluss des Verbots „des Richtens in eigenen Sachen“ zugestimmt hat. Allerdings kann der Minderheitsgesellschafter zum Zeitpunkt der Abstimmung nicht alle zukünftigen, gefährlichen Interessenkollisionen berücksichtigen. Dabei ist davon auszugehen, dass der Mehrheitsgesellschafter immer bestrebt ist, eine eigene Inanspruchnahme zu vereiteln oder die Befreiung von einer Verbindlichkeit in eigener Sache durchzusetzen.⁴⁹ Schließt man die Anwendung der §§ 47 IV 1, 2, 2. Alt. daher aus, steht das Ergebnis fest: Im Falle der zukünftigen Interessenkollisionen werden die Minderheitsinteressen verletzt. Vernünftigerweise kann daher nicht erwartet werden, dass der vertragliche Ausschluss des Stimmverbots nach §§ 47 IV 1 und 2, 2. Alt. von einem Minderheitsgesellschafter veranlasst wird. Vielmehr wird der Mehrheitsgesellschafter durch sein Verhandlungspotenzial den Ausschluss des § 47 IV unter bestimmten Voraussetzungen aufdrängen wollen. Um eine solche Erpressungsmöglichkeit im Gesellschaftsrecht auszuschließen, soll das Verbot „des Richtens in eigenen Sachen“ eine unverzichtbare Grundlage der Gesellschaft darstellen. Damit sind §§ 47 IV 1 und 2, 2. Alt. unabdingbar und werden nicht vom Wortlaut des § 45 II umfasst.

Bedenken gegen die Ansicht der Rechtssprechung ergeben sich schließlich in Bezug auf die Zulässigkeit der von § 47 IV 2, 1. Alt. abweichenden Satzungsbestimmungen. Eine differenzierte Behandlung des § 47 IV 2, 1. Alt. und der §§ 47 IV 1 bzw. 2, 2. Alt. wird aber damit begründet, dass das Stimmverbot bei Beschlussfassung über die Vornahme eines Rechtsgeschäfts nicht auf dem Verbot „des Richtens in eigenen Sachen“ basiert, sondern

⁴⁹ *Lohr*, NZG 2002, 551, 562.

eine Ausprägung des Verbots des Insihgeschäfts darstellt.⁵⁰ Für den dispositiven Charakter des § 47 IV 2, 1. Alt. spricht darüber hinaus der Vergleich mit dem Aktien- und Genossenschaftsrecht nach § 136 I AktG und § 43 VI 6 GenG. Der ursprünglich bei beiden Gesellschaftsformen vorgesehene Tatbestand der Vornahme eines Rechtsgeschäfts wurde aufgrund der eindeutigen Entscheidung des Gesetzgebers gestrichen.⁵¹ Dies weist darauf hin, dass der Gesetzgeber die Vornahme eines Rechtsgeschäfts im Gegensatz zu den anderen drei Interessenkollisionen des § 47 IV als weniger gefährlich betrachtet. Aus diesen Überlegungen folgt, dass § 47 IV 2, 1. Alt. dispositiv sein soll. Die Ansicht der Rechtsprechung ist daher vorzuziehen. Die Vereinbarung des Einstimmigkeitserfordernisses sowie die Erhöhung der erforderlichen Mehrheit im Gesellschaftsvertrag ist somit nur in Bezug auf die Beschlüsse möglich, die die Vornahme bestimmter Rechtsgeschäfte i.S.d. § 47 IV 2, 1. Alt. betreffen.

III. Maßnahmen der 1. Gruppe: vermögensrechtliche Vorteile

Den für das Gesellschaftsvermögen nachteiligen Maßnahmen der ersten Gruppe wurden schon in der Einleitung die Maßnahmen zugeordnet, die für den Mehrheitsgesellschafter in seiner Funktion als Geschäftsführer wirtschaftlich vorteilhaft sind. Dies ist in erster Linie die Geschäftsführervergütung. Die Geschäftsführervergütung wird im schuldrechtlichen Vertrag zur Anstellung des Geschäftsführers geregelt.⁵² Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist der Anstellungsvertrag zur entgeltlichen Geschäftsführung ein Geschäftsbesorgungsvertrag gem. §§ 675, 611 BGB, der den Regeln des freien Dienstvertrages und nicht denen des Arbeitsvertrages unterliegt.⁵³ Für den Abschluss eines Geschäftsführeranstellungsvertrages ist grundsätzlich die Gesellschafterversammlung gem. § 46 Nr. 5 zuständig.⁵⁴ Die Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung ergibt sich aber nicht

⁵⁰ Lohr, NZG 2002, 551, 562.

⁵¹ Lohr, NZG 2002, 551, 554.

⁵² Hueck/Windbichler, § 22, Rn. 6.

⁵³ BGH, Urt. v. 29.01.1981, NJW 1981, 1270.

⁵⁴ BGH, Urt. v. 3.7.2000, NJW 2000, 2983.

direkt aus dem Wortlaut dieser Vorschrift, die nur die Bestellung und die Abberufung von Geschäftsführern sowie die Entlastung derselben betrifft. Durch die Bestellung wird der Geschäftsführer als Organ bevollmächtigt, gem. § 6 III i.V.m. § 35 für die GmbH zu handeln. Die Bestellung des Geschäftsführers ist vom schuldrechtlichen Anstellungsvertrag zu unterscheiden.⁵⁵ Die rechtliche Trennung des Organ- und Anstellungsverhältnisses ergibt sich schon aus § 38, wonach die Bestellung zum Geschäftsführer jederzeit und ohne Angaben von Gründen widerrufen werden kann. Somit führt die Abberufung des Geschäftsführers nicht automatisch zum Ende des schuldrechtlichen Anstellungsverhältnisses. Umgekehrt wird in der Kündigung des Anstellungsverhältnisses nach § 622 I BGB regelmäßig zugleich die Abberufung liegen.⁵⁶ Nichtsdestotrotz weist das Anstellungsverhältnis einen sachlichen Zusammenhang mit dem Organverhältnis des Geschäftsführers auf, so dass § 46 Nr. 5 einer erweiterten Auslegung bedarf. Daher wird die Frage der Vergütung von Geschäftsführern dem Aufgabenkreis der Gesamtheit der Gesellschafter zugeordnet.

In einer GmbH wird der Geschäftsführer gem. § 6 III 2 entweder im Gesellschaftsvertrag oder durch einen einfachen Mehrheitsbeschluss bestellt, soweit die Parteien nichts anders vereinbart haben.⁵⁷ Wird aber in den Gesellschaftsvertrag eine Gehaltsvereinbarung mit dem Geschäftsführer aufgenommen, so bedarf es zu ihrer Abänderung nicht der Einhaltung der für Satzungsänderungen gegebenen Vorschriften.⁵⁸ Grundsätzlich bedürfen somit die Beschlüsse über die Festlegung bzw. Änderung der Geschäftsführervergütung der einfachen Mehrheit der Stimmen nach § 47 I. Dies gilt nicht für eine Vor-GmbH, solange man die Einstimmigkeit bei allen Beschlüssen voraussetzt. Die Gegenauffassung bejaht auch für die Vor-GmbH die einfache

⁵⁵ Hueck/ Windbichler, § 22, Rn. 6.

⁵⁶ Wicke, GmbHG, Anh. § 6, Rn. 2.

⁵⁷ Wicke, GmbHG, § 6, Rn. 10.

⁵⁸ BGH, Urt. v. 29.09.1955, NJW 1955, 1716.

Mehrheit nach § 47 I mit der Begründung, dass die in § 6 III 2 ausgesprochene Verweisung bereits für das Gründungsstadium gilt.⁵⁹ Da die Notwendigkeit des Minderheitsschutzes im Falle der Interessenkollisionen in der Person des Mehrheitsgesellschafters sowohl bei den einstimmigen Beschlüssen als auch bei den einfachen Mehrheitsbeschlüssen besteht,⁶⁰ ist der Streit nicht zu entscheiden.

1. Stimmverbot nach § 47 IV 2, 1. Alt.

Ist nur der Mehrheitsgesellschafter ein Geschäftsführer, stellt sich die Frage, ob seine Stimmrechtsmacht nach § 47 IV eingeschränkt werden kann, so dass die Entscheidung bezüglich der Geschäftsführervergütung zu den Minderheitsgesellschaftern übergeht. Bei der Beschlussfassung bezüglich der Gesellschafter-Geschäftsführervergütung handelt es sich weder um die Befreiung von einer Verbindlichkeit noch um die Entlastung durch die Beschlussfassung. Es kommt aber die Vornahme eines Rechtsgeschäfts nach § 47 IV 2, 1. Alt. in Betracht. Ein Rechtsgeschäft i.S.d. § 47 IV 2, 1. Alt. liegt unter anderem dann vor, wenn sich die Beschlussfassung auf einen Vertragsschluss bezieht.⁶¹ Ein schuldrechtlicher Anstellungsvertrag zur entgeltlichen Geschäftsführung nach §§ 675, 611 BGB könnte ein solches Rechtsgeschäft sein, es sei denn, dass das Stimmverbot nach § 47 IV 2, 1. Alt. bei den Beschlüssen der Gesellschafter über die eigene Anstellung teleologisch ausgeschlossen ist. Die Frage ist umstritten.

a.) 1. Ansicht

Eine herrschende Ansicht bejaht die Stimmberechtigung des geschäftsführenden Gesellschafters sowohl bei seiner eigenen Bestellung als auch beim Beschluss über die Anstellung.⁶² Begründet wird dies mit dem teleologischen Ausschluss des § 47

⁵⁹ Roth/Altmeppen, GmbHG, § 47, Rn. 15.

⁶⁰ Vgl. B. I. 2.

⁶¹ Wicke, GmbHG, § 47, Rn. 19.

⁶² BGH, Urt. v. 14.5.1990, BGHZ 111, 224, 227; OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 22.12.2004, GmbHR 2005, 550, 553; Siegmund, BB 1981, 1674, 1677.

IV in Bezug auf die körperschaftlichen Sozialakte.⁶³ Bei den Entscheidungen des inneren Verbandsrechts ist grundsätzlich davon auszugehen, dass der Gesellschafter kein privatrechtliches dem Mitgliedschaftsinteresse widersprechendes Interesse verfolgt.⁶⁴ Der Gesellschafterwille, selbst Geschäftsführer zu sein, ist als legitimer Ausdruck eines Mitgliedschaftsinteresses anzusehen.⁶⁵ Daher stellt die Geschäftsführerbestellung einen verbandsrechtlichen Beschluss dar, dessen Fassung vom Stimmverbot nach § 47 IV 2, 1. Alt nicht umfasst wird.⁶⁶ Weiterhin begründet diese Meinung, dass die Bestellung und die Anstellung einen engen sachlichen Zusammenhang aufweisen müssen und deswegen einheitlicher Entscheidung bedürfen.⁶⁷ Danach darf der Gesellschafter-Geschäftsführer auch beim Beschluss über die eigene Anstellung zustimmen.

b.) 2. Ansicht

Demgegenüber nimmt die abweichende Meinung eine Trennung zwischen den beiden Beschlussgegenständen vor und begründet für sie verschiedene Konsequenzen. Diese Ansicht wird daher auch als „Trennungstheorie“ bezeichnet.⁶⁸ Danach darf der Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Festlegung seiner Anstellungsbedingungen im Gegensatz zur eigenen Bestellung nach § 47 IV 2, 1. Alt. nicht mit abstimmen.⁶⁹ Argumentiert wird die Trennung damit, dass in der Festsetzung der Anstellungsbedingungen ein potentielles gesellschaftsexternes Eigeninteresse mit der Bestimmung des gemeinschaftlichen Gesellschaftsinteresses kollidiert.⁷⁰ Nach dieser Auffassung liegt daher die Gefährdung von Minderheitsinteressen bei der Anstellung vor, so dass sie nach § 47 IV geschützt werden müssen.

⁶³ *Remmert/Schmalz*, GmbHR 2008, 85, 86.

⁶⁴ *Siegmund*, BB 1981, 1674, 1676.

⁶⁵ *Wackerbarth*, GmbHR 2009, 65, 69.

⁶⁶ *Wackerbarth*, GmbHR 2009, 65, 69.

⁶⁷ BGH, Urt. v. 17.4.1958, NJW 1958, 945.

⁶⁸ *Siegmund*, BB 1981, 1674, 1677.

⁶⁹ *Wackerbarth*, GmbHR 2009, 65, 69.

⁷⁰ *Roth/Atmeppen*, GmbHG, § 47, Rn. 64.

c.) Stellungnahme

Im Hinblick auf die gegensätzlichen Ergebnisse der beiden Meinungen ist eine Stellungnahme erforderlich. Dabei kommt es darauf an, ob bei der Beschlussfassung über den Anstellungsvertrag eine gefährliche Interessenkollision i.S.d. § 47 IV bei der Person des geschäftsführenden Gesellschafters vorliegt. Dies ist dann zu bejahen, wenn die Gesellschafts- und Gesellschafterinteressen in einer Weise miteinander in Widerstreit stehen, dass von dem betroffenen Gesellschafter nicht erwartet werden kann, er werde seine eigenen Belange denen der Gesellschaft unterordnen.⁷¹ Als Gesellschaftsinteresse kommt das Interesse i.S.d. § 29 I an der Gewinnaufteilung in Betracht. Dem gegenüber steht ein Interesse des Geschäftsführers an einer möglichst hohen Geschäftsführervergütung. Während bei einem Fremdgeschäftsführer dieses Interesse ohne weiteres zu bejahen ist, kann es bei einem geschäftsführenden Gesellschafter angesichts seiner Gewinnbeteiligung nicht immer vermutet werden. In einer GmbH, in welcher der Minderheitsgesellschafter und der Mehrheitsgesellschafter zugleich Geschäftsführer sind, wird der Mehrheitsgesellschafter, um einen möglichst hohen Gesamtgewinn zu erzielen, an einem möglichst niedrigen Geschäftsführergehalt sowohl für ihn als auch für den Minderheitsgesellschafter interessiert sein. Es besteht daher kein allgemeines Interesse des Mehrheitsgesellschafters an einer hohen Geschäftsführervergütung, das sein Gesellschaftsinteresse an der Gewinnverteilung in den Hintergrund schiebt. Vielmehr besteht Interesse an einer Änderung der Gewinnaufteilungsregelung, welches eine treuwidrige Fortsetzung des generellen Interesses an der Gewinnverteilung i.S.d. § 29 I darstellt. Das gleiche Interesse kann auch der Minderheitsgesellschafter haben, der keine Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt, sondern der Höhe der Geschäftsführervergütung des Mehrheitsgesellschafters zustimmt. Bei der Festlegung einer eigenen unangemessenen

⁷¹ BGH, Urt. v. 2.10.2000, DSfR 2001, 1260.

Geschäftsführervergütung handelt es sich für den Mehrheitsgesellschafter somit nicht um eine Interessenkollision i.S.d. § 47 IV, sondern um eine treuwidrige Ausübung seines Gesellschaftsinteresses. Die erstgenannte Ansicht ist daher vorzuziehen. Das Stimmverbot nach § 47 IV 2, 1. Alt. ist bei den Beschlüssen der Gesellschafter über die eigene Anstellung teleologisch ausgeschlossen. Folglich darf der Mehrheitsgesellschafter bei dem Beschluss über die eigene Vergütung mit abstimmen.

2. Verbot treuwidriger Stimmabgabe

Als alleiniger Gesellschafter-Geschäftsführer ist der Mehrheitsgesellschafter an einer möglichst hohen Geschäftsführervergütung interessiert und kann auch selbst nach § 47 I darüber entscheiden. Als Schutzmöglichkeit des Minderheitsgesellschafters kommt das Verbot treuwidriger Stimmabgabe in Betracht, das aus der Treubindung zwischen den Gesellschaftern hergeleitet wird.⁷² Im Rahmen der Überprüfung der Frage, in welcher Größenordnung eine Vergütung des Gesellschafter-Geschäftsführers unangemessen hoch ist und somit, ob bei einem Beschluss über die Geschäftsführervergütung das Stimmrecht zur Verschaffung eines Sondervorteils missbraucht wurde, haben sich zwei Meinungen gebildet.

a.) 1. Ansicht

Die erste Meinung stellt bei der Beurteilung der Angemessenheit der Geschäftsführervergütung auf das Verbot verdeckter Gewinnausschüttung ab.⁷³ Nach einer teilweise in der Literatur vertretenen Auffassung ist eine verdeckte Gewinnausschüttung nicht nur dann unzulässig, wenn sie gegen die Kapitalvorschriften der §§ 30, 31 verstößt, sondern auch generell, wenn sie die Gefahr einer Gesellschafterungleichbehandlung in sich birgt.⁷⁴ Die Gegenauffassung unterscheidet zwischen der

⁷² Vgl. B. II. 2. a.).

⁷³ Wackerbarth, GmbHR 2009, 65, 67.

⁷⁴ Remmert/Schmalz, GmbHG 2008, 85, 87.

außergesellschaftlichen und der innergesellschaftlichen Wirksamkeit. Danach werden die Vorschriften der verdeckten Gewinnausschüttung allein zugunsten des Gläubigers angewendet, wenn es sich um eine außergesellschaftliche Wirkung handelt.⁷⁵ Unstreitig ist somit, dass ein zur verdeckten Gewinnausschüttung führender Beschluss beim Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz innergesellschaftlich unwirksam ist. Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt dann vor, wenn für eine Leistung an einen Gesellschafter keine gleichwertige Gegenleistung erbracht wird. Die Ungleichwertigkeit richtet sich dabei nach der Frage, ob das konkrete Geschäft mit dem Gesellschafter auch so mit einem gesellschaftsfremden Dritten abgeschlossen worden wäre.⁷⁶ Die Angemessenheit des Geschäftsführergehalts kann somit durch den Vergleich ermittelt werden, was ein Fremdgeschäftsführer in einer vergleichbaren GmbH verdient.⁷⁷ Dabei erfolgt die Beurteilung aller Umstände durch einen Sachverständigen, der eine Bandbreite möglicher Geschäftsführervergütungen festlegt.⁷⁸

b.) 2. Ansicht

Die zweite Auffassung stellt auf die Kriterien des steuerrechtlichen Begriffs der verdeckten Gewinnausschüttung ab.⁷⁹ Eine entscheidende Unterscheidung des steuerrechtlichen Begriffs vom gesellschaftsrechtlichen Begriff liegt in der vom Bundesfinanzhof (BFH) entwickelten mathematischen Formel. Danach werden die Gesamtbezüge eines Gesellschafter-Geschäftsführers steuerrechtlich unter Berücksichtigung aller Einzelfallumstände als unangemessen hoch betrachtet, wenn sie dauerhaft 25 % aller seiner Bezüge ausmachen.⁸⁰ Die Formel wird allerdings nur als zusätzliches Mittel für die Angemessenheitsprüfung in Betracht gezogen. Im Einzelfall wird die Entscheidung einem

⁷⁵ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 29, Rn. 76.

⁷⁶ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 30, Rn. 22.

⁷⁷ Wackerbarth, GmbHR 2009, 65, 67.

⁷⁸ Wackerbarth, GmbHR 2009, 65, 68.

⁷⁹ Remmert/Schmalz, GmbHG 2008, 85, 87.

⁸⁰ BFH, Urt. v. 5.10.1994, GmbHR 1995, 385.

Sachverständigen zu überlassen sein, der einen Drittvergleich durchführt.⁸¹

c.) Stellungnahme

Die beiden Ansichten unterscheiden sich somit nur in Bezug auf die Anwendung der Formel des BFH. Gegen die Verwendung der für die steuerrechtliche Gewinnausschüttung geltenden Formel wird vorgebracht, dass hier nicht die Belastung der Gewinne mit Steuern, sondern die Aufteilung der Gewinne zwischen den Gesellschaftern im Vordergrund steht.⁸² Dieses Argument hat aber keine große praktische Bedeutung. In der Tat können sich die Gesellschafter viel einfacher darüber einigen, wie sie die Gewinne vor Steuern schützen, als über die Gewinnaufteilung; im Ausgangspunkt bleibt jedoch die gleiche Frage: Entspricht die Leistung der Gegenleistung?

Außerdem bietet die Formel einen zusätzlichen Minderheitsschutz im Prozessrecht. Zwar wird im Hauptverfahren ein Sachverständigengutachten entscheidend sein, die Formel kann aber für die einstweilige Verfügung nach §§ 935 ff. ZPO eine große Rolle spielen. Zum Zeitpunkt der Verhinderung der Beschlussfassung oder Beschlussausführung im Zuge des einstweiligen Rechtsschutzes wird es aus Zeitmangel nicht möglich sein, ein Sachverständigengutachten einzuholen. Der Antragsteller muss aber einen Verfügungsanspruch und einen Verfügungsgrund glaubhaft machen.⁸³ Die Formel könnte somit die Vermutung bekräftigen, dass eine treuwidrige Stimmabgabe auf Seiten des Mehrheitsgesellschafters vorliegt. Im Hinblick auf den Minderheitsschutz ist die zweite Ansicht vorzuziehen. Damit findet das unternehmerische Ermessen des Mehrheitsgesellschafters seine Grenzen in einer durch das Sachverständigengutachten festgelegten Bandbreite möglicher Geschäftsführervergütungen sowie in der Formel des BFH.

⁸¹ *Remmert/Schmalz*, GmbHG 2008, 85, 88.

⁸² *Wackerbarth*, GmbHR 2009, 65, 67.

⁸³ *Thomas/Putzo/Reichold*, ZPO, § 935, Rn. 1.

3. Anspruch auf Geschäftsführervergütung

Das Interesse des Mehrheitsgesellschafters an einer möglichst niedrigen Geschäftsführervergütung entsteht dann, wenn der Minderheitsgesellschafter zugleich auch ein Geschäftsführer ist. Es stellt sich die Frage, inwieweit sich der Minderheitsgesellschafter gegen die Maßnahmen des Mehrheitsgesellschafters, der ein möglichst niedriges Gehalt für sich und für den Minderheitsgesellschafter festsetzen will, wehren kann. Dies hängt mit der umstrittenen Frage zusammen, ob ein Anspruch des geschäftsführenden Gesellschafters auf eine angemessene Vergütung besteht.

a.) Meinungsdarstellung

Während die Rechtsprechung einen Anspruch des geschäftsführenden Gesellschafters auf eine dem Wert seiner Tätigkeit entsprechenden Vergütung bejaht,⁸⁴ verneint die andere Meinung einen unbedingten Anspruch auf angemessenes Gehalt.⁸⁵

Nach der zweiten Ansicht hat der Gesellschafter nur einen Anspruch auf eine übliche Vergütung gem. §§ 612 I i.V.m. II BGB.⁸⁶ Der Anspruch hängt von zwei Voraussetzungen ab.

Erstens darf die Höhe der Vergütung nicht bestimmt worden sein, § 612 II BGB. Es muss damit an einer ausdrücklichen Vergütungsvereinbarung fehlen. Dieser Anspruch ist somit dann ausgeschlossen, wenn das Gehalt im Gesellschafterbeschluss festgelegt wird und vom Geschäftsführer im Anstellungsvertrag akzeptiert wird.

Zweitens besteht nach § 612 I BGB der Anspruch nur dann, wenn „die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist.“ Anders als Fremdgeschäftsführer nehmen die Gesellschafter als Geschäftsführer ihre Aufgaben sowohl unentgeltlich, als auch gegen eine angemessene Vergütung wahr.⁸⁷ Insbesondere bei neu gegründeten Gesellschaften können die

⁸⁴ BGH, Urt. v. 11.12.2006, GmbHR 2007, 260 m. Komm. *Wackerbarth*, Tz. 11; BGH, Urt. v. 21.07.2008, GmbHR 2008, 1092 m. Komm. *Podewils*, Tz. 18.

⁸⁵ *Wackerbarth*, GmbHR 2009, 65, 69.

⁸⁶ *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 35, Rn. 63.

⁸⁷ OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 10.06.1992, GmbHR 1993, 358, 359.

Gesellschafter als Geschäftsführer unentgeltlich tätig sein. Die Entgeltlichkeit ist somit nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilen.

b.) Stellungnahme

Im Hinblick auf die Tatsache, dass die Angemessenheit des Geschäftsführergehalts durch den Fremdvergleich zu ermitteln ist, wird in der Praxis zwischen den Begriffen „angemessen“ und „üblich“ kein großer Unterschied besteht. Die beiden Ansichten unterscheiden sich somit in Bezug auf den Zeitpunkt der Anspruchsentstehung.

Gegen die Ansicht der Rechtsprechung wird zunächst vorgebracht, dass es schon an einer Rechtsgrundlage fehlt.⁸⁸ Außerdem ist der Minderheitsgesellschafter ausreichend nach §§ 612 I i.V.m. II BGB geschützt. Solange er mit seinen Anstellungsbedingungen unzufrieden ist, hat er die Möglichkeit den Anstellungsvertrag abzulehnen.⁸⁹ Darauf hat er einen Anspruch aus §§ 612 I i.V.m. II BGB. Bejaht man dagegen einen generellen Anspruch auf eine Geschäftsführervergütung, könnte zudem der Geschäftsführer nachträglich gegen die unangemessene niedrige Vergütung gerichtlich vorgehen. Gegen eine solche Möglichkeit spricht aber der Vertrauensschutz zugunsten der Gesellschaft. Solange der Geschäftsführer mit seiner Vergütung beim Abschluss des Anstellungsvertrags einverstanden ist, sollte die Gesellschaft darauf vertrauen, dass sich auch nachträglich nichts ändern wird. Die schlüssigeren Argumente sprechen somit für die zweitgenannte Ansicht. Folglich besteht nur der Anspruch des Mehrheitsgesellschafters auf die übliche Vergütung nach §§ 612 I i.V.m. II BGB und auch nur dann, wenn er den Anstellungsvertrag ablehnt.

4. Erhöhung erforderlicher Mehrheit bzw. Einstimmigkeit

Schließlich wäre es denkbar, den Minderheitsgesellschafter einer GmbH durch die Erhöhung der erforderlichen Mehrheit bzw. durch

⁸⁸ Wackerbarth, GmbHR 2009, 65, 71.

⁸⁹ Wackerbarth, GmbHR 2009, 65, 71.

das Erfordernis der Einstimmigkeit für sämtliche Beschlüsse zu schützen. Geht man davon aus, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer beim Beschluss über die eigene Vergütung nach § 47 I abstimmen darf, stellt sich die Frage, ob eine von § 47 I abweichende Vereinbarung möglich ist. Angesichts der Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter ist das in § 47 I enthaltene Mehrheitsprinzip eine dispositive Vorschrift.⁹⁰ Die Gesellschafter können somit ein anderes Mehrheitserfordernis oder sogar die Einstimmigkeit bezüglich eines Beschlusses über die Geschäftsführervergütung vertraglich vereinbaren. Vertritt man dagegen die Ansicht, dass das Stimmrecht des Gesellschafter-Geschäftsführers bezüglich des Beschlusses über seine Vergütung nach § 47 IV 2, 1. Alt. ausgeschlossen ist, ist auch in dem Fall eine von § 47 IV 2, 1. Alt. abweichende Satzungsregelung möglich.⁹¹ Dabei wird es allen Gesellschafterinteressen gerecht, das gleiche Mehrheitserfordernis festzulegen, das für die Änderung der Gewinnverteilung in dieser konkreten GmbH gilt. Allerdings muss der Mehrheitsgesellschafter einer solchen Vereinbarung zustimmen.⁹²

IV. Maßnahmen der 2. Gruppe: nichtvermögensrechtliche Vorteile

Die Maßnahmen der zweiten Gruppe bilden die für die Gesellschaft nachteiligen Maßnahmen, die für den Geschäftsführer Vorteile nichtwirtschaftlicher Art bringen. Das Minderheitsinteresse an der Gewinnbeteiligung kann dadurch dann betroffen sein, wenn der geschäftsführende Mehrheitsgesellschafter „verschwenderisch“ handelt. Im Hinblick auf die Vielfältigkeit solcher Maßnahmen kann die Frage, ob sie einer Zustimmung der Gesamtheit der Gesellschafter zwingend bedürfen, nicht einheitlich beantwortet werden. Vielmehr hängt dies von den im Gesellschaftsvertrag dargelegten Kompetenzen des Geschäftsführers im Einzelfall ab.

⁹⁰ *Wicke*, GmbHG, § 47, Rn. 4.

⁹¹ Vgl. B. II. 3.

⁹² *Wicke*, GmbHG, § 47, Rn. 4.

Handelt es sich um eine Maßnahme, die eine Beschlussfassung zwingend erfordert, stellt sich die Frage, ob das Stimmrecht des Mehrheitsgesellschafters nach § 47 IV ausgeschlossen ist. In diesem Fall ist allerdings keine von den vier in § 47 IV bezeichneten Fallkonstellationen einschlägig. Ob § 47 IV auch für Interessenkonflikte gilt, die unter keine der in § 47 IV genannten Alternativen fällt, ist umstritten.

Eine Ansicht bejaht dies mit der Begründung, dass dieser Vorschrift ein allgemeines Prinzip zu entnehmen ist, wonach eine Interessenkollision regelmäßig auch in anderen Fällen zu einem Stimmrechtsverbot führt.⁹³ Dagegen wendet jedoch die Gegenmeinung ein, dass ein solcher Ansatz dem Gebot der Rechtssicherheit zuwiderlaufen würde, gesteht aber zugleich die Möglichkeit einer Analogie zu.⁹⁴

Der Streitentscheid kann aber hier dahinstehen, wenn man schon die gefährliche Interessenkollision i.S.d. § 47 IV in einem solchen Fall verneint. Vorliegend steht dem Interesse des Mehrheitsgesellschafters an der Gewinnverteilung sein Interesse an nicht mit der Geschäftführervergütung verbundenen angemessenen Bedingungen der Arbeit gegenüber. Es kann allerdings regelmäßig nicht erwartet werden, dass dieses nichtvermögensrechtliche Interesse des Mehrheitsgesellschafters sein vermögensrechtliches Interesse an der Gewinnaufteilung verdrängt. Es fehlt daher an einer gefährlichen Interessenkollision, die der Schutzzweck des § 47 IV voraussetzt. Diese Vorschrift kommt somit weder direkt, noch analog mangels einer vergleichbaren Interessenlage in Betracht. Das generelle Stimmrecht des Mehrheitsgesellschafters ist daher zu bejahen.

Ein anderes Ergebnis kann sich aus den Umständen des Einzelfalls aus der Treubindung i.V.m. dem Verbot der rechtsmißbräuchlichen Stimmrechtsausübung ergeben. Ob der Gesellschafter-Geschäftsführer sein unternehmerisches Ermessen überschreitet und dadurch der gerichtlichen Ermessenskontrolle unterliegt, hängt

⁹³ *Remmert/Schmalz*, GmbHR 2008, 85.

⁹⁴ *Wicke*, GmbHG, § 47, Rn. 13.

von der Interessenabwägung und Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall ab. Aus der Treubindung kann sich außerdem ein Schadensersatzanspruch des Minderheitsgesellschafters ergeben.

V. Maßnahmen der 3. Gruppe: Haftungsausschluss

Im Rahmen der materiellen Rechtslage stellt sich schließlich die Frage, inwieweit der Minderheitsgesellschafter vor solchen Maßnahmen des geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafters, die seine Haftung nach § 43 II ausschließen, geschützt ist.

1. Weisungen

Der Ausschluss von der Innenhaftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH nach § 43 II liegt zunächst dann vor, wenn der Geschäftsführer im Rahmen der für ihn durch die wirksamen Beschlüsse festgesetzten Weisungen handelt.⁹⁵ Die rechtfertigende Wirkung einer wirksamen Weisung ergibt sich schon aus dem Umkehrschluss zu § 43 III 3. Danach ist davon auszugehen, dass die Haftpflicht des Geschäftsführers grundsätzlich dann aufgehoben werden, wenn er die Beschlüsse der Gesellschafter befolgt. Der Haftungsausschluss basiert somit auf dem Unterordnungsverhältnis des Geschäftsführers zu der Gesamtheit der Gesellschafter, das sich aus der Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers nach § 37 I ergibt. Diese Vorschrift muss allerdings in bestimmten Fällen teleologisch reduziert werden. Dies folgt schon aus den zwingenden gesetzlichen Pflichten des Geschäftsführers nach §§ 30, 33, 41, 42, 64, die zu einem weisungsfreien Mindestbereich des Geschäftsführers gehören.⁹⁶ Daher können nicht alle Weisungen der Gesellschafter die Folgepflicht des Geschäftsführers nach § 37 I und damit den Ausschluss der Haftung nach § 43 II begründen.

Fraglich ist, ob die Folgepflicht nach § 37 I auch bei den Weisungen des Mehrheitsgesellschafters an die Geschäftsführung besteht, die auf einem Gesellschafterbeschluss beruhen, der gegen das Gebot von Treue und Glauben verstößt. Stimmt der

⁹⁵ *Schaub*, DStR 1992, 985, 988.

⁹⁶ *Mennicke*, NZG 2000, 622, 624.

Minderheitsgesellschafter dem treuwidrig gefassten Beschluss nicht zu, wird dem Interesse der Minderheit entsprochen, indem die Folgepflicht und damit den Haftungsausschluss des geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafters in einem solchen Fall verneint wird.⁹⁷

Das Minderheitsinteresse ist aber solange schutzwürdig, wie die Minderheit noch die Möglichkeit hat, gerichtlich gegen den treuwidrig gefassten Beschluss des Mehrheitsgesellschafters vorzugehen.⁹⁸ Sind die prozessrechtlichen Fristen für die Klageerhebung abgelaufen, soll die Geschäftsführerhaftung des Mehrheitsgesellschafters nach § 43 II ausgeschlossen sein, wenn er die an sich selbst treuwidrig erteilten Weisungen befolgt. Dies ergibt sich schon aus der Anerkennung des in § 6 III verankerten Prinzips der Selbstorganschaft.⁹⁹ Hat der Gesetzgeber im GmbHG die Möglichkeit vorgesehen, dass der Gesellschafter zugleich ein Geschäftsführer sein kann, hat er somit die Tatsache hingenommen, dass der Gesellschafter durch die Befolgung der an sich selbst erteilten Weisungen von der Geschäftsführerhaftung nach § 43 II grundsätzlich ausgeschlossen sein wird. Ein anderes Ergebnis lässt sich nicht mit dem Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter einer GmbH nach § 13 II vereinbaren.

Somit haftet der Mehrheitsgesellschafter nach § 43 II, wenn er eigene Weisungen befolgt, die sich auf einem treuwidrig gefassten Beschluss beziehen, welchem der Minderheitsgesellschafter nicht zugestimmt hat. Die Haftung besteht aber nur solange, wie sich der Minderheitsgesellschafter gegen den Beschluss noch gerichtlich wehren kann.

2. Entlastungen

Weiterhin kann die Haftung des Geschäftsführers nach § 43 II durch die Entlastungsbeschlüsse der Gesellschafterversammlung ausgeschlossen werden.¹⁰⁰ Nach § 46 Nr. 5 gehören die

⁹⁷ Mennicke, NZG 2000, 622, 624.

⁹⁸ Mennicke, NZG 2000, 622, 624.

⁹⁹ Kraft/Kreutz, S. 185.

¹⁰⁰ Schaub, DStR 1992, 985, 988.

Entlastungsbeschlüsse zum Aufgabenkreis der Gesamtheit der Gesellschafter. Sie bedürfen grundsätzlich der einfachen Stimmenmehrheit nach § 47 I.¹⁰¹ Gem. § 47 IV 1, 1. Alt. wird der Mehrheitsgesellschafter von der Mitwirkung beim Entlastungsbeschluss, der an ihn als Geschäftsführer adressiert ist, ausgeschlossen.

Die Entlastung ist die Billigung des Verhaltens des Geschäftsführers.¹⁰² Es ist allgemein anerkannt, dass die Entlastung eine Präklusionswirkung besitzt.¹⁰³ Dies bedeutet, dass die Gesellschaft im Umfang der Entlastung gegen den Geschäftsführer keine Ansprüche mehr geltend machen kann.¹⁰⁴ Die Präklusionswirkung erstreckt sich nur auf Ansprüche aus solchen Tatsachen, die der Gesellschafter aufgrund der Berichterstattung durch den Geschäftsführer oder aus den von diesen vorgelegten Unterlagen kennen oder bei sorgfältiger Prüfung hätte erkennen müssen.¹⁰⁵ Die Erkennbarkeit ist dann zu bejahen, wenn sich aus der Berichterstattung der Geschäftsführer Anhaltspunkte ergeben, die die Gesellschafter durch Nachrechnen, bei näherem Nachfragen oder durch Ausübung des Informationsrechts hätten aufklären können.¹⁰⁶

Ist ein Minderheitsgesellschafter auch ein Geschäftsführer, stellt sich die Frage, ob der Minderheitsgesellschafter über die Entlastung des Mehrheitsgesellschafters abstimmen darf. Diesbezüglich werden zwei Ansichten vertreten.

a.) Meinungsdarstellung

Nach einer Auffassung darf der Gesellschafter-Geschäftsführer nicht bei der Beschlussfassung über die Entlastung des anderen Geschäftsführers abstimmen, es sei denn, es handelt sich nur um die Billigung einer Einzelmaßnahme eines Geschäftsführers.¹⁰⁷ Das

¹⁰¹ Ziemons/Jaeger/Schindler, Beck OK GmbHG, § 46, Rn. 71.

¹⁰² Koppensteiner/Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 47, Rn. 65.

¹⁰³ Ziemons/Jaeger/Schindler, Beck OK GmbHG, § 46, Rn. 67.

¹⁰⁴ Schaub, DStR 1992, 985, 988.

¹⁰⁵ Schaub, DStR 1992, 985, 988.

¹⁰⁶ Ziemons/Jaeger/Schindler, Beck OK GmbHG, § 46, Rn. 67.

¹⁰⁷ BGH, Urt. v. 12.06.1989, NJW 1989, 2694.

Stimmverbot aller Gesellschafter-Geschäftsführer wird damit begründet, dass bei der Billigung bzw. Missbilligung der Tätigkeit der Geschäftsführung insgesamt alle Gesellschafter betroffen sind, die dem Organ angehören.¹⁰⁸ Demgegenüber vertritt eine Gegenauffassung den Standpunkt, dass das Stimmrecht des Gesellschafter-Geschäftsführers grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist, es sei denn, es liegt ein gemeinschaftliches Fehlverhalten vor.¹⁰⁹

b.) Stellungnahme

Die beiden Meinungen gelangen zu einem gegensätzlichen Ergebnis in Bezug auf das Bestehen des Stimmrechts in folgender Situation: Die beiden Gesellschafter handeln zusammen, aber nur der Mehrheitsgesellschafter verletzt seine Pflichten. Darf der geschäftsführende Minderheitsgesellschafter den geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafter von den Ansprüchen aus ihrem gemeinsamen Handeln entlasten, sollte man auch das gleiche Recht für den Mehrheitsgesellschafter bejahen. Dies würde dazu führen, dass man auch bei gegenseitiger Pflichtverletzung eine Gesamtentlastung durch die Einzelentlastungen ersetzen und dadurch das Verbot nach § 47 IV 1, 1. Alt. umgehen könnte. Im Hinblick darauf, dass § 47 IV 1, 1. Alt. kein dispositives Recht ist,¹¹⁰ kann ein solches Ergebnis nicht gerechtfertigt sein. Daher ist die erstgenannte Ansicht vorzuziehen und das Stimmrecht des geschäftsführenden Minderheitsgesellschafters in Bezug auf die Entlastung des geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafters nur dann zu bejahen, wenn es sich um Einzelmaßnahmen des geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafters handelt.

C. Prozessuale Rechtslage

I. Hauptverfahren

1. Rechtslage nach verbindlicher Beschlussfeststellung

Das GmbHG enthält keine Bestimmungen über die Klagearten, die in Bezug auf die Beschlussmängel einschlägig sind. Im Hinblick

¹⁰⁸ BGH, Urt. v. 12.06.1989, NJW 1989, 2694, 2695.

¹⁰⁹ *Groß*, GmbHR 1994, 596, 600.

¹¹⁰ Vgl. B. II. 3.

auf eine weitgehende Ähnlichkeit von Sach- und Rechtslage zwischen AG und GmbH, wird im GmbH-Recht das Beschlussmängelrecht des AktG analog angewandt.¹¹¹ Wird der Beschluss trotz der treuwidrig abgegebenen Stimme des Mehrheitsgesellschafter durch einen Versammlungsleiter verbindlich festgestellt, kann er nur noch im Wege der Anfechtungsklage analog zu §§ 243 I, 246 I AktG beseitigt werden.¹¹²

Eine verbindliche Beschlussfeststellung liegt dann vor, wenn das Beschlussergebnis durch Bejahung oder Verneinung eines bestimmten zur Abstimmung gestellten Antrags von dem Versammlungsleiter festgestellt und den Gesellschaftern durch Verkündung zur Kenntnis gebracht worden ist.¹¹³ Für die Befugnisse des Versammlungsleiters zur Feststellung des Ergebnisses ist nur erforderlich, dass der Abstimmungsleiter von den Gesellschaftern durch einen Beschluss bestellt oder in dieser Funktion geduldet wird.¹¹⁴ Zwar ist die treuwidrig abgegebene Stimme unwirksam,¹¹⁵ das Vertrauen der Beteiligten auf die vorläufige Wirksamkeit des Beschlossenen bleibt in einem solchen Fall aber schutzwürdig. Daher soll der angegriffene Beschluss bis zum Erlass eines die Unwirksamkeit aussprechenden Urteils bei verbindlicher Beschlussfeststellung wirksam bleiben.¹¹⁶

Die Gesellschafterstreitigkeiten analog §§ 246 III 1, 249 I AktG gehören zur sachlichen Zuständigkeit der Landgerichte. Für die örtliche Zuständigkeit ist analog § 246 III 1 AktG der Sitz der Gesellschaft maßgeblich. Bei der Anfechtungsfrist orientiert sich die Rechtsprechung an einer Einmonatsfrist analog § 246 I AktG.¹¹⁷ Die Anknüpfung an die Anfechtungsfrist des AktG dient dem Gebot der Rechtssicherheit, da die Anfechtungsklage nicht nur

¹¹¹ *Korehnke*, S. 87.

¹¹² *Oppenländer/Trörlitzsch/Jaeger*, § 19, Rn. 143.

¹¹³ *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 90.

¹¹⁴ *Korehnke*, S. 90.

¹¹⁵ *Schmidt*, GmbHR 1992, 9, 12; *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 108. OLG Saarbrücken, Urt. 7.02.2007, BeckRS 04034.

¹¹⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.6.1999, GmbHR 1999, 1098.

¹¹⁷ OLG Celle, Urt. v. 28.4.1999, GmbHR 1999, 1099.

eine inter partes, sondern eine inter omnes Wirkung, also eine allgemeine Gültigkeit für alle, besitzt.¹¹⁸ Der Minderheitsgesellschafter, der nicht im Sinne des angefochtenen Beschlusses abgestimmt hat, ist auch anfechtungsbefugt.¹¹⁹ Klagegegner ist die Gesellschaft.¹²⁰ Die Missachtung eines Stimmverbots muss zudem ergebnisrelevant sein.¹²¹ Dies wird bei der treuwidrigen Stimmabgabe durch den Mehrheitsgesellschafter immer der Fall sein.

Die Anfechtungsklage ist allerdings lediglich auf die Vernichtung des festgestellten Beschlusses gerichtet.¹²² Bei Ablehnung eines Antrags stellt der Versammlungsleiter einen negativen Beschluss fest. In einem solchen Fall wird man dem Interesse des anfechtenden Minderheitsgesellschafters gerecht, indem man die Anfechtungsklage mit der positiven Feststellungsklage verbindet.¹²³ Hierbei wird festgestellt, dass der Beschluss entsprechend dem Antrag zustande gekommen ist.

2. Rechtslage bei fehlender Beschlussfeststellung

Erfolgt keine Beschlussfeststellung durch den Versammlungsleiter, tritt keine vorläufige Rechtswirksamkeit des angegriffenen Beschlusses ein. In einem solchen Fall dürfen weder der Minderheitsgesellschafter noch der Mehrheitsgesellschafter darauf vertrauen, dass seine Vorstellung einen Vorrang über den Beschlussinhalt genießt. Für die Klärung des Schwebezustandes und des Beschlussergebnisses genügt die Erhebung einer Feststellungsklage nach § 256 ZPO.¹²⁴ Diese Klage ist auf die Feststellung gerichtet, dass der Beschluss entsprechend dem „richtigen“ Abstimmungsergebnis - d.h. ohne Berücksichtigung der verbotswidrigen Stimmabgabe - zustande gekommen ist.¹²⁵ Demnach kommt die Analogie zum § 246 I AktG nicht mehr in

¹¹⁸ *Korehnke*, S. 89.

¹¹⁹ *Korehnke*, S. 89.

¹²⁰ *Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 72.

¹²¹ *Oppenländer/Trölitzsch/Jaeger*, § 19, Rn. 143.

¹²² *Korehnke*, S. 91.

¹²³ *Baumbach/Hueck/Zöllner*, Anh. § 47, Rn. 92.

¹²⁴ *Schmidt*, GmbHR 1992, 9, 12.

¹²⁵ OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.6.1999, GmbHR 1999, 1098.

Betracht, so dass der Gesellschafter sich auch nach dem Ablauf der Einmonatsfrist auf die Verletzung des Stimmverbots berufen kann.¹²⁶

II. Einstweiliger Rechtsschutz

Die einstweilige Verfügung nach §§ 935 ff. ZPO ist im Gesellschaftsrecht ein schnell wirkendes Mittel, so dass ihre Zulässigkeitsschranken und -grenzen besonderes Gewicht besitzen.¹²⁷ Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes stellt sich die Frage, ob der Minderheitsgesellschafter die Beschlussfassung bzw. -ausführung durch den geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafter verhindern kann. Für die Beantwortung dieser Frage folgen zunächst allgemeine Ausführungen zum Verfügungsverfahren im Gesellschaftsrecht und danach werden nur die umstrittenen Aspekte des jeweiligen Verfügungsantrags dargestellt.

1. Verfügungsverfahren im Überblick

Der Verfügungsantrag i.S.d. § 935 ZPO muss zulässig und begründet sein. Die Zulässigkeit setzt das Vorliegen der allgemeinen Prozessvoraussetzungen voraus.¹²⁸ Gem. § 937 I ZPO ist für den Erlass einer einstweiligen Verfügung das Gericht der Hauptsache zuständig. Der Antrag auf einstweilige Verfügung kann der Minderheitsgesellschafter selbst stellen.¹²⁹ Die Frage des Antragsgegners wird bei der jeweiligen Art des Verfügungsantrags gesondert erläutert. Begründet ist der Antrag, wenn ein Verfügungsanspruch und ein Verfügungsgrund glaubhaft gemacht worden sind.¹³⁰ Nach § 194 I BGB wird der Anspruch als das Recht definiert, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Der Verfügungsanspruch ist jeder materiell-rechtliche Anspruch, der sich sowohl aus dem Vertrag als auch aus dem

¹²⁶ Lohr, NZG 2002, 551, 560.

¹²⁷ Drescher, MüKO zur ZPO, § 935, Rn. 63.

¹²⁸ Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 935, Rn. 1.

¹²⁹ Werner, NZG 2006, 761, 762.

¹³⁰ Thomas/Putzo/Reichold, ZPO, § 935, Rn. 1.

Gesetz ergibt.¹³¹ Ein Verfügungsgrund setzt die Dringlichkeit der begehrten Zwangsmaßnahme voraus.¹³² Die Maßnahme muss außerdem nach § 938 I ZPO erforderlich sein, d.h. die mildere Maßnahme zur Verschiebung der Beschlussfassung oder Beschlussausführung darstellen.¹³³ Die Begründungslast, dass die Umstände für den Verfügungsgrund vorliegen, trifft dabei den Antragsteller.¹³⁴

2. Verhinderung der Beschlussfassung

Fraglich ist nunmehr, ob der Minderheitsgesellschafter den geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafter davon abhalten kann, einen treuwidrigen Beschluss zu fassen. Dies ist dann möglich, wenn es dem Mehrheitsgesellschafter im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes untersagt werden kann, sein Stimmrecht auszuüben.

a.) Anspruch auf Unterlassung der Stimmrechtsausübung

Umstritten ist schon die Frage, ob ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Unterlassung der Stimmrechtsausübung im Gesellschaftsrecht überhaupt besteht.

aa.) Meinungsdarstellung

Eine teilweise im Schrifttum¹³⁵ und in der älteren Rechtsprechung¹³⁶ vertretene Auffassung verneint das Vorliegen eines materiell-rechtlichen Anspruchs auf Unterlassung der Stimmabgabe mit der Begründung, dass das materielle Recht keinen Eingriff in den nach Art. 9 I GG geschützten Willensbildungsprozess einer Gesellschaft kennt. Ausnahmsweise bestehen nach dieser Ansicht nur die Ansprüche aus schuldrechtlichen Stimmrechtsbindungsverträgen.¹³⁷ Begründet wird dies damit, dass sich die beteiligten Gesellschafter durch die rechtsgeschäftliche Vereinbarung selbst eine Bindung auferlegt

¹³¹ Bamberger/Roth/Henrich, BGB, § 194, Rn. 32.

¹³² Werner, NZG 2006, 761, 762.

¹³³ Drescher, MüKO zur ZPO, § 935, Rn. 67.

¹³⁴ Littbarski, S. 56.

¹³⁵ Drescher, MüKO zur ZPO, § 935, Rn. 66.

¹³⁶ OLG Koblenz, Urt. v. 27.02.1986, NJW 1986, 1692; OLG Koblenz, Urt. v. 25.10.1990, DStR 1991, 521, 522.

¹³⁷ Drescher, MüKO zur ZPO, § 935, Rn. 66.

haben.¹³⁸ Demgegenüber vertritt die neuere Rechtsprechung die Ansicht, dass sich ein materiell-rechtlicher Anspruch auf die Unterlassung der Stimmrechtsausübung nicht nur aus der Stimmrechtsbindung, sondern auch aus dem Gesellschaftsvertrag oder der gesellschaftlicher Treubindung ergeben kann.¹³⁹

bb.) Stellungnahme

In Bezug auf die Frage, ob der Minderheitsgesellschafter die treuwidrige Stimmrechtsausübung des Mehrheitsgesellschafters durch einstweilige Verfügung verhindern kann, bedarf es eines Streitentscheides. Gegen die zweite Meinung wird eingewendet, dass die Treupflicht in der Regel nicht zu einer bestimmten Stimmabgabe verpflichtet, sondern nur zu einem für einen Verfügungsanspruch nicht genügenden Schadensersatzanspruch führt.¹⁴⁰ Dieses Argument ist aber weder mit dem Wortlaut noch mit dem Schutzzweck des § 242 BGB vereinbar. Dem Wortlaut des § 242 BGB nach entstehen die Treupflichten des Schuldners schon bei der Leistungsbewirkung. Darunter sind in erster Linie nicht die Schadensersatzpflichten, sondern die Handlungspflichten zu verstehen. Zudem basiert der Schutzzweck des § 242 BGB auf dem das gesamte Rechtsleben beherrschenden Grundsatz, dass jedermann in Ausübung seiner Rechte und Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat.¹⁴¹ Nach dem Zweck der gesellschaftlicher Treubindung ist es daher erforderlich, dass jeder Gesellschafter schon bei der Ausübung seines Stimmrechts treugemäß handelt. Somit ist kein überzeugender Grund für die Differenzierung zwischen den Stimmbindungsverträgen und den Treupflichten ersichtlich. Ein materiell-rechtlicher Anspruch auf Unterlassung der Stimmrechtsausübung kann sich daher auch aus der gesellschaftlicher Treubindung i.V.m. § 47 IV bzw. dem Verbot der treuwidrigen Stimmabgabe ergeben.

¹³⁸ OLG Koblenz, Urt. v. 27.02.1986, NJW 1986, 1692; OLG Koblenz, Urt. v. 25.10.1990, DStR 1991, 521, 522.

¹³⁹ OLG Hamburg, Urt. v. 28.06.1991, DStR 1991, 1021.

¹⁴⁰ Drescher, MüKO zur ZPO, § 935, Rn. 66.

¹⁴¹ Bamberger/Roth/Grüneberg/Sutschet, § 242, Rn. 1.

b.) Antragsgegner

Als Antragsgegner kommen die GmbH und der Mehrheitsgesellschafter in Betracht. Die einzige Antragsgegnerin ist nach § 246 II 1 AktG die Gesellschaft. Fraglich ist, ob § 246 II 1 AktG im Zuge der Analogie hier angewendet werden kann. Gegen die GmbH als Antragsgegnerin könnte der in Art. 9 I GG verankerte Grundsatz der Autonomie der Willensbildung der Gesellschafter sprechen.¹⁴² Die GmbH ist ein rechtlich und organisatorisch von ihren Mitgliedern unabhängiges Gebilde.¹⁴³ Sie besitzt daher einen körperschaftlichen Gesamtwillen, der dadurch gebildet wird, dass jeder Gesellschafter seinen eigenen Willen durch Stimmabgabe zur Geltung bringt.¹⁴⁴ Zwar fängt der innerverbandliche Willensbildungsprozess schon mit der Antragstellung an. Zu dieser Zeit wird aber noch kein Gesamtwillen der GmbH gebildet. Dies spricht dafür, einen Verstoß gegen Art. 9 I GG anzunehmen, wenn der Antrag gegen die GmbH gerichtet wird. Die analoge Anwendung des § 246 II 1 AktG ist daher zu verneinen. Außerdem ergibt sich der Anspruch auf Unterlassung der Stimmrechtsausübung aus der Treubindung zwischen den Gesellschaftern, so dass der Mehrheitsgesellschafter und nicht die GmbH der Anspruchsgegner ist. Der Mehrheitsgesellschafter ist somit der einzige Antragsgegner.

c.) Endgültiger Charakter der Verfügung

Bedenken ergeben sich schließlich in Bezug auf den endgültigen Charakter einer solchen einstweiligen Verfügung, da ein einmal gefasster Beschluss im Falle der Aufhebung der einstweiligen Verfügung nicht wegfällt, ebenso wenig, wie ein nicht gefasster Beschluss nachträglich zur Entstehung gelangt.¹⁴⁵ Die Frage, welchen Einfluss der endgültige Charakter auf die Zulässigkeit sowie Begründetheit des Verfügungsantrags hat, ist umstritten.

¹⁴² *Werner*, NZG 2006, 761.

¹⁴³ *Baumbach/ Hueck/Zöllner*, GmbHG, § 13, Rn. 2.

¹⁴⁴ *Mayer*, GmbHR 1990, 61.

¹⁴⁵ OLG Celle, Urt. v. 1.4.1981, GmbHR 1981, 264.

aa.) Meinungsdarstellung

Die frühere Rechtsprechung hat einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, das Stimmrecht in einer Gesellschafterversammlung in einer bestimmten Weise auszuüben, wegen seines endgültigen Charakters als von vornherein unzulässig betrachtet.¹⁴⁶ Die Endgültigkeit der Regelung widerspreche dem Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes, der nur der vorläufigen Sicherung eines Anspruchs dienen soll.¹⁴⁷

Die zweite Ansicht verneint bei der Untersagung einer Stimmrechtsausübung wegen ihres Verzichts auf das Merkmal der Einstweiligkeit den Verfügungsgrund.¹⁴⁸ Ansonsten würde die Willensbildung zu einem Zeitpunkt verhindert werden, zu dem Gründe und Gegengründe ebenso wie mögliche Entscheidungsalternativen weniger überschaubar wären.¹⁴⁹

Schließlich bejaht die dritte Auffassung das Vorliegen des Verfügungsgrundes bei der Verfügung, das Stimmrecht nicht auszuüben, wenn der betroffene Gesellschafter besonders schutzwürdig ist oder eine Rechtslage eindeutig ist.¹⁵⁰

bb.) Stellungnahme

Die erstgenannte Ansicht übersieht, dass das vorliegende Problem nicht die Frage der Zulässigkeit, sondern die der Begründetheit betrifft.¹⁵¹ Dies ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz des Prozessrechts, dass die Prüfung der Fragen des materiellen Rechts, die prozessuale Auswirkungen haben (so genannte doppelt relevante Tatsachen), aus Gründen der Prozessökonomie nicht im Rahmen der Zulässigkeit stattzufinden hat.¹⁵² Das Prozessrecht kennt außerdem keinen Rechtsgrundsatz, nach dem die einstweilige Verfügung die Entscheidung in der Hauptsache nicht vorwegnehmen darf.¹⁵³ Der Verfügungsantrag ist daher nicht von

¹⁴⁶ OLG Koblenz, Urt. v. 25.10.1990, NJW 1991, 1119, 1120.

¹⁴⁷ *Kiethe*, DStR 1993, 609, 610.

¹⁴⁸ Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 202.

¹⁴⁹ Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 202.

¹⁵⁰ OLG Stuttgart, Urt. v. 20.02.1987, NJW 1987, 2449.

¹⁵¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.05.2005, NZG 2005, 633.

¹⁵² OLG Hamburg, Urt. v. 28.06.1991, DStR 1991, 1021, 1023 m. Anm. *Loh*.

¹⁵³ OLG Hamburg, Urt. v. 28.06.1991, DStR 1991, 1021, 1023 m. Anm. *Loh*.

vornherein unzulässig, wenn die einstweilige Maßnahme einen endgültigen Charakter hat.

Gegen die zweite Ansicht kann eingewendet werden, dass die Maßnahme, die inhaltlich mit der materiell-rechtlichen Rechtsfolge des Hauptsacheanspruchs übereinstimmt, im Hinblick auf das Gebot des effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 IV GG ausnahmsweise erforderlich und somit begründet sein kann.¹⁵⁴ Dies ist besonders dann der Fall, wenn bei deren Versagung der Eintritt eines irreparablen Schadens beim Antragsteller zu befürchten ist, dem ein später ergehendes obsiegendes Urteil nicht mehr abhelfen kann.¹⁵⁵ Es handelt sich dabei um eine so genannte Befriedigungsverfügung, die im Zivilprozessrecht anerkannt wurde.¹⁵⁶ Die Annahme des Verfügungsgrundes bei der besonderen Schutzwürdigkeit des Betroffenen sowie bei der eindeutigen Rechtslage ist unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes gerechtfertigt. Wenn die Gründe und Gegengründe schon im Verfügungsverfahren deutlich erkennbar sind, ist auch eine Stellungnahme des Gerichts nach Art. 19 IV GG dazu geboten. Vor diesem Hintergrund erscheint die drittgenannte Auffassung sachgerechter zu sein und ist daher vorzuziehen. Die Verfügung, das Stimmrecht auszuüben, ist somit bei der besonderen Schutzwürdigkeit des Betroffenen oder bei der Eindeutigkeit der Rechtslage begründet.

3. Verhinderung der Beschlussausführung

Solange es dem Minderheitsgesellschafter nicht gelingt, die Beschlussfassung zu verhindern, kann er versuchen, dessen Vollzug bis zur Entscheidung in der Hauptsache zu unterbinden. Die Möglichkeit der Verhinderung der Beschlussausführung ist seit langem anerkannt, weil Nichtigkeits- und Anfechtungsklage sehr beschränkt hilfreich sind, wenn die beschlossene Maßnahme

¹⁵⁴ *Drescher*, MüKO zur ZPO, § 938, Rn. 13.

¹⁵⁵ *Drescher*, MüKO zur ZPO, § 938, Rn. 12.

¹⁵⁶ *Drescher*, MüKO zur ZPO, § 938, Rn. 12.

umgesetzt worden ist.¹⁵⁷ Der Antrag auf die Verhinderung der Beschlussausführung darf auch vor der Beschlussfassung gestellt werden.¹⁵⁸ Der Anspruch auf Unterlassung der Beschlussausführung besteht allerdings nur dann, wenn es sich um fehlerhafte Beschlüsse handelt, die nichtig oder anfechtbar sind.¹⁵⁹ Daraus folgt, dass der Antragsteller glaubhaft machen muss, dass die Beschlüsse nichtig sind oder dass eine Anfechtungsklage erhoben werden kann.¹⁶⁰ Der Verfügungsanspruch bei anfechtbaren Beschlüssen besteht somit nur, solange die Anfechtungsfrist noch nicht abgelaufen ist.¹⁶¹

a.) Maßnahme, die keinen Gesellschafterbeschluss zwingend benötigen

Bei der einstweiligen Verfügung auf Verhinderung der Beschlussausführung wird außerdem zwischen zwei Arten von Maßnahmen unterschieden: Die Maßnahmen, die ohne entsprechenden Gesellschafterbeschluss unzulässig wären und die Maßnahmen, die auch ohne Gesellschafterbeschluss vorgenommen werden dürften.¹⁶² Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung kann die letztgenannte Beschlussgruppe nicht Gegenstand des einstweiligen Rechtsschutzes sein.¹⁶³ Diese Ansicht könnte mit der gleichen Begründung gerechtfertigt werden, die bei der Verhinderung der Geschäftsführungsmaßnahmen im Zuge des einstweiligen Rechtsschutzes vorgetragen wird. Bei den Geschäftsführungsmaßnahmen, die keiner Zustimmung der Gesellschafterversammlung bedürfen, verneint die Rechtsprechung die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes mit dem Argument, dass man ansonsten unmittelbar in das Geschäftsführungsrecht eingreifen und überwiegende Interessen der Gesellschaft, insbesondere die gesellschaftsvertraglich

¹⁵⁷ *Littbarski*, S. 56; OLG Koblenz, Urt. v. 24.04.1986, NJW-RR 1986, 1039;

Oppenländer/Trötzlitzsch/*Jaeger*, § 19, Rn. 146;

¹⁵⁸ OLG, Düsseldorf, Urt. v. 18.05.2005, NZG 2005, 633, 636.

¹⁵⁹ OLG Nürnberg, Urt. v. 4.5.1993, GmbHR 1993, 588, 589;

¹⁶⁰ *Littbarski*, S. 57.

¹⁶¹ OLG Nürnberg, Urt. v. 4.5.1993, GmbHR 1993, 588, 589.

¹⁶² Baumbach/Hück/*Zöllner*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 199.

¹⁶³ Baumbach/Hück/*Zöllner*, GmbHG, Anh. § 47, Rn. 199.

festgelegte Zuständigkeitsverteilung, verletzen würde.¹⁶⁴ Im Verfügungsverfahren auf Verhinderung der Beschlussausführung handelt es sich allerdings nicht um die Zuständigkeitsverteilung zwischen einem einzelnen Gesellschafter als Antragsteller und dem Geschäftsführer. Vielmehr hat die Gesamtheit der Gesellschafter zu diesem Zeitpunkt von ihrer Weisungskompetenz nach § 37 I Gebrauch gemacht. Die Gesellschafter können dem Geschäftsführer Weisungen zu jeder beliebigen Angelegenheit der Geschäftsführung erteilen.¹⁶⁵ Weisungsfrei ist nur der Bereich der zwingenden gesetzlichen Officialpflichten.¹⁶⁶ Damit wird eine vom Gesellschafterbeschluss erfasste Angelegenheit vom Verantwortungsbereich des Geschäftsführers auch in dem Fall ausgenommen, wenn der Beschluss mangelhaft ist. Durch den Verfügungsantrag kann der Minderheitsgesellschafter die Geschäftsführerzuständigkeit nicht mehr verletzen. Es sind keine weiteren Argumente ersichtlich, um die Ausführungsmaßnahmen, die auch ohne Gesellschafterbeschluss vorgenommen werden dürften, aus dem Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes bei Verhinderung der Beschlussausführung auszuklammern. Die Verhinderung aller möglichen Gesellschafterbeschlüsse ist daher grundsätzlich nicht abzulehnen.

b.) Antragsgegner

Umstritten ist weiterhin, wer der richtige Antragsgegner des Verfügungsantrags auf Unterlassung der Beschlussausführung ist. Nach einer Ansicht ist der Antrag regelmäßig gegen die Gesellschaft sowie auch gegen die Person zu richten, die den Beschluss auszuführen droht.¹⁶⁷ Demgegenüber verneint eine Gegenauffassung in einem solchen Verfahren die Passivlegitimation des Geschäftsführers der GmbH.¹⁶⁸ Dies wird damit begründet, dass die Rechtslage beim Verfügungsantrag mit derjenigen bei der Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage

¹⁶⁴ BGH, Urt. v. 11.2.1980, ZIP 1980, 369, 371.

¹⁶⁵ Mennicke, NZG 2000, 622.

¹⁶⁶ Mennicke, NZG 2000, 622.

¹⁶⁷ Oppenländer/Trötzlitzsch/Jaeger, § 19, Rn. 146.

¹⁶⁸ OLG Nürnberg, Urt. v. 4.5.1993, GmbHR 1993, 588, 589;

vergleichbar ist, welche auch nur gegen die Gesellschaft zu richten sind.¹⁶⁹ Wie oben begründet worden ist, entspricht es dem Minderheitsinteresse, den geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafter bei der Ausführung von ihm gefasster und noch anfechtbarer Beschlüsse von seiner Haftung nach § 43 II nicht freizustellen.¹⁷⁰ Damit liegt die Ausführung solcher Beschlüsse in seiner Verantwortung und er kann daher auch neben der GmbH vom Minderheitsgesellschafter in Anspruch genommen werden.

D. Zusammenfassung

Die Notwendigkeit des Minderheitsschutzes in einer GmbH im Falle der Interessenkollisionen in der Person des geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafters ergibt sich schon aus der Zweckbindung der Gesellschafter nach § 705 BGB. Daher werden die dem Gesellschaftszweck widersprechenden Privatinteressen des Mehrheitsgesellschafters nicht in die Interessenabwägung gem. § 47 I einbezogen. Aufgrund des Einstimmigkeitserfordernisses ist der Minderheitsgesellschafter in einer Vor-GmbH besser geschützt. Dies stellt aber keinen ausreichenden Schutz gegen Interessenkollisionen dar, weil dadurch nur die Durchsetzung eines gesellschaftsfremden Sonderinteresses verhindert, nicht aber der Vorrang des berechtigten Minderheitsinteresses gewährleistet wird. Der Vorrang des berechtigten Minderheitsinteresses ergibt sich schon aus § 705 BGB sowie aus der inhaltlichen Gestaltung des GmbHG. Für die Fälle der Interessenkollisionen hat der Gesetzgeber nur den Stimmrechtsausschluss nach § 47 IV vorgesehen. Da die Gesellschafter in einer Vor-GmbH nicht weniger schutzwürdig als in einer GmbH sind, ist auch in einer Vor-GmbH die gleichen Stimmrechtsschranken im Falle der Interessenkollision anwendbar. Bei der Frage der Festlegung der Geschäftsführervergütung eines Gesellschafter-Geschäftsführers verdrängt das Privatinteresse an einer möglichst hohen Geschäftsführervergütung nicht das

¹⁶⁹ OLG Nürnberg, Urt. v. 4.5.1993, GmbHR 1993, 588, 589;

¹⁷⁰ Vgl. B. V. 1.

Gesellschafterinteresse an der Aufteilung der Gewinne, so dass keine Interessenkollision i.S.d. § 47 IV vorliegt. Der Mehrheitsgesellschafter darf daher beim Beschluss über die eigene Geschäftsführervergütung gem. § 47 I auch abstimmen.

Will der Mehrheitsgesellschafter eine unangemessen hohe Vergütung festlegen, kommt dem Minderheitsgesellschafter das Verbot der treuwidrigen Stimmabgabe zugute. Die Ermittlung einer Bandbreite möglicher angemessener Geschäftsführervergütungen erfolgt durch einen Sachverständigen im Wege des Fremdvergleichs.

Wenn der Minderheitsgesellschafter auch ein Geschäftsführer ist, ist der Mehrheitsgesellschafter an möglichst niedrigen Geschäftsführervergütungen für beide interessiert, um einen möglichst hohen Gesamtgewinn zu erzielen. Dagegen kann sich der Minderheitsgesellschafter dadurch wehren, dass er den Anstellungsvertrag zunächst nicht akzeptiert. Danach steht ihm ein Anspruch auf eine übliche Geschäftsführervergütung aus § 612 I i.V.m. II BGB zu.

Schließlich kann der Minderheitsgesellschafter abweichend von § 47 I eine Vereinbarung mit dem Mehrheitsgesellschafter schließen und im Falle der Festlegung der Geschäftsführervergütung die Einstimmigkeit oder die für die Erreichung einer Sperrminorität erforderliche Mehrheit festlegen. Eine solche Vereinbarung ist in einer Vor-GmbH entbehrlich, wenn man von dem generell geltenden Einstimmigkeitserfordernis ausgeht.

Das Verbot treuwidriger Stimmabgabe stellt außerdem die Schutzmöglichkeit des Minderheitsgesellschafters bei den Maßnahmen der zweiten Gruppe dar, die dem geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafter keine wirtschaftlichen Vorteile bringen.

Bei den Maßnahmen der dritten Gruppe ist zwischen dem Haftungsausschluss infolge von Weisungen und der Entlastungen zu unterscheiden. Zwar darf der Mehrheitsgesellschafter sich selbst als Geschäftsführer Weisungen i.S.d. § 37 I erteilen. Zum Zwecke

des Minderheitsschutzes ist es erforderlich, dass seine Haftung nach § 43 II solange bestehen bleibt, wie der treuwidrig gefasste Beschluss noch gerichtlich anfechtbar ist. Demgegenüber darf der geschäftsführende Mehrheitsgesellschafter nicht bei der eigenen Entlastung gem. § 47 I 1, 1. Alt. mit abstimmen. Ist der Minderheitsgesellschafter zugleich ein Geschäftsführer, kann er über die Entlastung des Mehrheitsgesellschafters nur dann abstimmen, wenn es sich nicht um eine Einzelmaßnahme des geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafters handelt. Schließlich können aufgrund des unabdingbaren Charakters des § 47 I 1, 1. Alt keine vom Stimmverbot abweichenden Satzungsklauseln zwischen den Gesellschaftern gefasst werden.

Für die statthafte Klageart im Hauptverfahren ist zwischen der verbindlichen und fehlenden Beschlussfeststellung zu unterscheiden. Bei der verbindlichen Feststellung des Beschlusses, der unter ergebnisrelevanter Missachtung des Stimmverbots seitens des Mehrheitsgesellschafters gefasst wurde, kann der Minderheitsgesellschafter innerhalb eines Monats gegen die GmbH eine Anfechtungsklage analog §§ 243 I, 246 I AktG erheben. Bei unverbindlicher Feststellung kommt nur eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO in Betracht, die auch keiner Fristsetzung bedarf.

Im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes nach §§ 935 ff. ZPO hat der Minderheitsgesellschafter außerdem die Möglichkeit eine Beschlussfassung zu verhindern. Aus § 242 BGB steht ihm ein Anspruch auf Unterlassung der treuwidrigen Stimmrechtsausübung gegen den Mehrheitsgesellschafter zu, welcher zugleich der Antragsgegner ist. Dabei muss der Antragsteller glaubhaft machen, dass er besonders schutzbedürftig ist oder eine Rechtslage eindeutig ist. Um dem Minderheitsgesellschafter die Glaubhaftmachung des Verfügungsantrags zu erleichtern, kommt die Faustformel des BFH zur verdeckten Gewinnausschüttung in Betracht, wonach als unangemessen hoch solche Geschäftsführervergütungen angesehen werden, die dauerhaft 25 % aller seine Bezüge ausmacht.

Gelingt dem Minderheitsgesellschafter die Glaubhaftmachung des Anspruchs auf Verbot der Stimmrechtsausübung nicht, kann er schon vor der Beschlussfassung einen Antrag auf Verhinderung der Beschlussausführung stellen. Die Maßnahmen, die auch ohne Gesellschafterbeschluss vorgenommen werden dürften, werden dabei grundsätzlich nicht aus dem Bereich des einstweiligen Rechtsschutzes ausgenommen. Dieser Verfügungsantrag kann sich sowohl gegen die GmbH als auch gegen den Mehrheitsgesellschafter richten. Handelt es sich im Hauptverfahren um eine Anfechtungsklage, kann auch der Verfügungsantrag nur innerhalb der Anfechtungsfrist gestellt werden.

Somit steht es fest, dass der Minderheitsgesellschafter sich auf verschiedene Art und Weise gegen für das Gesellschaftsvermögen voraussichtlich nachteilige Maßnahmen des Mehrheitsgesellschafters schützen kann.