

Leseprobe zu



Centrale für GmbH

### **GmbH-Handbuch**

inkl. Datenbank Centrale online [www.centrale.de](http://www.centrale.de)

2018, rd. 6300 Seiten, 4 Bände, Ordner Leinen, Handbuch

ISBN 978-3-504-32150-5

199,00 € (Grundwerk mit Fortsetzungsbezug für mindestens 2 Jahre)

## 7. Abschnitt Die Rechtsstellung der Gesellschafter

	Rz. I		Rz. I
<b>A. Rechte der Gesellschafter . . . . .</b>	1151	<b>IV. Recht auf Gleichbehandlung . . . . .</b>	1260
<b>I. Das Recht auf Teilhabe an der Willensbildung (§§ 47, 48 GmbHG) . . . .</b>	1151	<b>V. Sonderrechte . . . . .</b>	1263
<b>II. Auskunftsrecht . . . . .</b>	1170	<b>B. Pflichten der Gesellschafter . . . . .</b>	1280
1. Jederzeitiges Auskunfts- und Einsichtsrecht (§ 51a Abs. 1 GmbHG) . . . . .	1170	<b>I. Nachschusspflichten (§§ 26–28 GmbHG) . . . .</b>	1280
2. Schranken des Auskunftsrechts . . . . .	1183	<b>II. Nebenleistungspflichten (§ 3 Abs. 2 GmbHG) . . .</b>	1292
3. Informationsverweigerung (§ 51a Abs. 2 GmbHG) . . .	1189	<b>III. Wettbewerbsverbote . .</b>	1302
4. Informationserzwingungsverfahren (§ 51b GmbHG) . . .	1193	<b>IV. Treuepflicht . . . . .</b>	1316
5. Satzungsregelungen . . .	1199	<b>C. Austritt und Ausschluss eines Gesellschafters . .</b>	1340
<b>III. Gewinnanspruch (§ 29 GmbHG) . . . . .</b>	1220	<b>I. Austritt . . . . .</b>	1340
1. Das Gewinnbeteiligungsrecht . . . . .	1220	1. Der Austritt aufgrund statutarischer Bestimmung . .	1340
2. Der Gewinnverwendungsbeschluss . . . . .	1223	2. Der Austritt ohne statutarische Bestimmung . . . . .	1346
3. Der Gewinnanspruch . . .	1227	3. Wirkung des Austritts . . .	1351
4. Verdeckte Gewinnausschüttung . . . . .	1237	<b>II. Ausschluss . . . . .</b>	1357
		1. Der Ausschluss aufgrund statutarischer Bestimmung . . . . .	1357
		2. Der Ausschluss ohne statutarische Bestimmung . .	1365

## A. Rechte der Gesellschafter

### I. Das Recht auf Teilhabe an der Willensbildung (§§ 47, 48 GmbHG)

- 1151 Das Gesetz räumt den Gesellschaftern die Möglichkeit einer **erheblichen Einflussnahme** auf die Handlungen der Geschäftsführung ein, teils mittelbar durch das Recht zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer sowie ihrer Überwachung, teils unmittelbar durch die Befugnis zur Erteilung von Weisungen an die Geschäftsführer (s. Rz. I 2176). Auf diese Weise können die Gesellschafter Einfluss auf die Unternehmenspolitik und ihre Durchsetzung nehmen.
- 1152 Diese rechtliche Möglichkeit steht aber nicht jedem einzelnen Gesellschafter, sondern der **Gesamtheit der Gesellschafter** zu. Die Entscheidungen der Gesamtheit der Gesellschafter werden durch Beschlussfassung getroffen. Dabei handelt es sich regelmäßig um Mehrheitsentscheidungen (s. Rz. I 1597 ff.).
- 1153 Gleichwohl gibt es in Zusammenhang mit der Beschlussfassung folgende **Individualrechte** des Gesellschafters, denen als Mitgliedschaftsrechte ein hoher Stellenwert beigemessen wird:
- Das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung (dazu näher Rz. I 1576 ff.),
  - das Stimmrecht (dazu näher Rz. I 1568 ff.; Rz. I 1584 ff.),
  - das Anfechtungsrecht und die Geltendmachung der Nichtigkeit von Beschlüssen (dazu näher Rz. I 1710 ff.).
- Daneben kann der Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern weitere Sonderrechte einräumen (s. Rz. I 1263 ff.).
- 1154–1169 Einstweilen frei.

## II. Auskunftsrecht

### 1. Jederzeitiges Auskunfts- und Einsichtsrecht (§ 51a Abs. 1 GmbHG)

- 1170 Nach § 51a Abs. 1 GmbHG haben die Geschäftsführer zwingend jedem Gesellschafter auf Verlangen Einsicht in die Bücher und Schriften der Gesellschaft zu gestatten und unverzüglich Auskunft über die Angelegenhei-

ten der Gesellschaft zu geben. Beide Rechte stehen gleichrangig nebeneinander<sup>1</sup>. Das Auskunfts- und Einsichtsrecht besteht unabhängig von den kollektiven Kompetenzen der Gesellschafter. Es ist ein eigenständiges Mitgliedschaftsrecht als **Individualrecht**, das jeden Gesellschafter in den Stand setzen soll, seine Individualinteressen zu wahren<sup>2</sup>. Deshalb besteht das Informationsrecht des Gesellschafters nach § 51a GmbHG auch unabhängig von einem besonderen Anlass<sup>3</sup>. Es ist zB kein Zusammenhang mit einem Punkt der Tagesordnung der Gesellschafterversammlung erforderlich<sup>4</sup>. Andererseits ermöglicht es erst eine sachgerechte Entscheidung und Beteiligung an der organschaftlichen Willensbildung. Es ist daher das praktisch wichtigste Individualrecht im Zusammenhang mit der Willensbildung in der Gesellschaft<sup>5</sup>. Mehrere als Miterben an einem GmbH-Anteil Berechtigte können die Rechte nach § 51a GmbHG nur einheitlich ausüben. Allerdings genügt hierzu eine Mehrheitsentscheidung in der Erbengemeinschaft<sup>6</sup>.

Der die Auskunft Begehrende muss **im Zeitpunkt des Verlangens Gesellschafters** sein. Im Falle der Abtretung des Geschäftsanteils erlischt das Informationsrecht des Veräußerers mit der Einreichung der geänderten Gesellschafterliste durch den Notar (§ 40 Abs. 2 GmbHG) und ihrer Aufnahme in das Handelsregister<sup>7</sup>. Der Umstand, dass dem ausgeschiedenen Gesellschafter noch Gewinnansprüche aus der Zeit vor seinem Ausscheiden zustehen können, ändert daran nichts<sup>8</sup>. Der ausgeschiedene Gesellschafter hat keine Mitgliedschaftsrechte mehr; es entfallen auch Kontroll-, Stimm- und Weisungsrechte ebenso wie seine gesellschaftsrechtlichen In-

1171

1 OLG München v. 15.1.2015 – 23 U 2469/14, juris, Rz. 21; OLG Karlsruhe v. 16.12.2013 – 7 W 76/13, GmbHR 2014, 254 (257).

2 BGH v. 6.3.1997 – II ZB 4/96, GmbHR 1997, 705 (706); *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51a Rz. 1 f.

3 Zur Bedeutung des Auskunftsrechts für den veräußerungswilligen Gesellschafter im Rahmen von M & A-Transaktionen vgl. *Berg*, NZG 2008, 641 f.

4 BGH v. 6.3.1997 – II ZB 4/96, GmbHR 1997, 705 (706).

5 *Roth* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 51a Rz. 3.

6 OLG Karlsruhe v. 16.12.2013 – 7 W 76/13, GmbHR 2014, 254.

7 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 15 Rz. 28.

8 BayObLG v. 18.3.1991 – BReg. 3 Z 69/90, GmbHR 1991, 572 (575); zum Auskunfts- und Einsichtsrecht des kündigenden Gesellschafters, bei dem das Ausscheiden aus dem Gesellschafterkreis noch nicht wirksam ist s. aber OLG München v. 11.12.2007 – 31 Wx 048/07, GmbHR 2008, 104 = NZG 2008, 199.

dividualrechte<sup>1</sup>. Dem ausgeschiedenen Gesellschafter steht lediglich nach § 810 BGB ein Einsichtsrecht in die Geschäftsunterlagen der Gesellschaft insoweit zu, als sie für die Prüfung der Frage von Bedeutung sind, wie hoch sein Abfindungsanspruch ist oder ob ihm Forderungen gegen die Gesellschaft aus der Zeit vor seinem Ausscheiden zustehen<sup>2</sup>. Anspruchsberechtigt aus § 51a Abs. 1 GmbHG sind auch nicht der Treugeber, der Pfandgläubiger oder der Nießbraucher<sup>3</sup>, wohl aber ein Gesellschafter, der sich lediglich zum Ausscheiden aus der Gesellschaft verpflichtet hat<sup>4</sup>. Schließlich ist der Anspruch aus § 51a GmbHG mangels Übertragbarkeit auch nicht pfändbar<sup>5</sup>.

- 1172 Jedes Begehren auf Informationserteilung muss eine **Angelegenheit der Gesellschaft** zum Gegenstand haben. Diese Voraussetzung ist im Grundsatz bei privaten Angelegenheiten der Geschäftsführer, Gesellschafter und Betriebsangehörigen nicht gegeben. Erfragt werden können aber Gehälter, Tantiemen und Nebentätigkeiten jedes einzelnen Geschäftsführers<sup>6</sup>. Verlangt werden kann immer nur eine Auskunft über Tatsachen, nicht die Abgabe einer rechtlichen Wertung<sup>7</sup>.
- 1173 Zu den Angelegenheiten der Gesellschaft, über die jeder Gesellschafter Information verlangen kann, gehören auch die **Beziehungen der Gesellschaft zu verbundenen Unternehmen**. Im Unterordnungskonzern kann darüber hinaus der Gesellschafter der Obergesellschaft im Regelfalle über Angelegenheiten der Tochtergesellschaft in gleicher Weise Auskunft

1 BayObLG v. 18.3.1991 – BReg. 3 Z 69/90, GmbHR 1991, 572 (576); *Römermann* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 51a Rz. 51.

2 So die herrschende Auffassung vgl. OLG Hamm v. 12.3.2008 – 8 U 205/07, DStR 2008, 1746 (die Nichtzulassungsbeschwerde wurde mit BGH v. 27.4.2009 – II ZR 129/08 [unveröffentlicht] zurückgewiesen), das im Anschluss an BGH v. 28.4.1977 – II ZR 208/75 ein weitergehendes Informationsrecht des durch Zwangseinziehung ausgeschlossenen Gesellschafters ablehnt; ebenso OLG Schleswig v. 29.2.2008 – 5 W 68/07, GmbHR 2008, 434.

3 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51a Rz. 5.

4 BayObLG v. 15.10.1999 – 3 Z BR 239/99, GmbHR 1999, 1296 (1297) = ZIP 2000, 18; *Römermann* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 51a Rz. 52.

5 BGH v. 29.4.2013 – VII ZB 14/12, BB 2013, 1490 = GmbHR 2013, 650.

6 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51a Rz. 13; *Roth* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 51a Rz. 5.

7 OLG Frankfurt v. 15.11.1996 – 20 W 610/94, GmbHR 1997, 130; *Hillmann* in MünchKomm. GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 51a Rz. 27.

verlangen wie über die Vorgänge der Obergesellschaft<sup>1</sup>. Zwar sind Vorgänge in anderen konzernzugehörigen Gesellschaften nicht ohne weiteres Angelegenheiten der Gesellschaft selbst, in welcher der Information Begehrende Gesellschafter ist; aber Angelegenheiten anderer konzernzugehöriger Gesellschaften werden zu Angelegenheiten der Gesellschaft, von der Information begehrt wird, soweit sie Belange dieser Gesellschaft betreffen, mit anderen Worten „soweit ein Bezug der gewünschten Information zu der GmbH besteht, deren Gesellschafter Auskunft oder Einsicht verlangt“. Ein Vorgang in einem verbundenen Unternehmen kann so bedeutungsvoll sein, dass er zu einer Angelegenheit der Muttergesellschaft aller verbundenen Unternehmen wird<sup>2</sup>. Dies begründet ein Informationsrecht der Gesellschafter der Muttergesellschaft.

Umgekehrt umfasst das Informationsrecht der Gesellschafter einer abhängigen Konzerngesellschaft diejenigen Angelegenheiten der Obergesellschaft, die von objektiver Bedeutung für das Bestands-, Gewinn- oder Vermögensinteresse der Tochtergesellschaft sind. Darunter fallen konzernspezifische Maßnahmen wie Art und Weise der einheitlichen Leitung einschließlich wesentlicher Investitionsvorhaben und Personalpolitik, aber auch Eingriffe in die Geschäftschancen der Tochter und vergleichbare Schritte<sup>3</sup>. 1174

Das Informationsrecht kann **nur gegenüber der eigenen Gesellschaft** geltend gemacht werden, nicht aber gegenüber dem verbundenen Unternehmen, über dessen Angelegenheiten Information begehrt wird<sup>4</sup>. Außerdem besteht regelmäßig kein Einsichtsrecht gegenüber dem verbundenen Unternehmen<sup>5</sup>. 1175

Das Informationsrecht der Gesellschafter gem. § 51a GmbHG umfasst auch den **Bereich des Aufsichtsrats**, da sonst der Minderheitenschutz 1176

1 OLG Hamm v. 6.2.1986 – 8 W 52/85, GmbHR 1986, 384 (385); *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51a Rz. 19; *Roth* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 51a Rz. 8 mwN.

2 BGH v. 11.11.2002 – II ZR 125/02, GmbHR 2003, 295 (297); *Hillmann* in MünchKomm. GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 51a Rz. 34.

3 *Bacher*, GmbHR 2002, 712 (715) mwN; *Hillmann* in MünchKomm. GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 51a Rz. 35.

4 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51a Rz. 21; *Roth* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 51a Rz. 8.

5 OLG Köln v. 26.4.1985 – 24 W 54/84, GmbHR 1985, 358; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51a Rz. 25; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 51a Rz. 19.

nicht ausreichend gewährleistet wäre. Deshalb umfasst das Einsichtsrecht auch die Protokolle und sonstigen Aufzeichnungen des Aufsichtsrats. Dies gilt sowohl für den fakultativen<sup>1</sup> als auch für einen nach dem Mitbestimmungsgesetz gebildeten Aufsichtsrat<sup>2</sup>.

- 1177 Der eine Information begehrende Gesellschafter hat lediglich die Gegenstände zu bezeichnen, auf die sich die Auskunft beziehen soll. Von einer inhaltlichen Präzisierung des Auskunftsverlangens darf die Erteilung nicht abhängig gemacht werden, weil dies Kenntnisse voraussetzen kann, die der Auskunft Begehrende nicht hat<sup>3</sup>. Nicht Substantiierung, sondern **Konkretisierung des Informationsverlangens** ist erforderlich. Es wäre mit Sinn und Zweck der Einsichtnahme nicht zu vereinbaren, wenn der Gesellschafter den Gegenstand dieses Rechts genauer bestimmen müsste. Erst dann, wenn die Gesellschaft die Einsicht in alle Unterlagen nach § 51a Abs. 2 GmbHG verweigert, muss im Einzelnen festgestellt werden, welche Unterlagen der Gesellschafter dennoch einsehen kann und welche nicht<sup>4</sup>.
- 1178 Das Recht der Gesellschafter auf Einsichtnahme in die Bücher und Schriften der Gesellschaft schließt das Recht der Gesellschafter auf **Anfertigung von Notizen und Kopien** ein, nicht aber einen Anspruch auf Übersendung von Kopien der Bücher und Schriften. Zu den „Büchern und Schriften“ gehören auch Abschriften, wenn die Originale nicht im Besitz der Gesellschaft sind<sup>5</sup>. Schriften der Gesellschaft iS von § 51a Abs. 1 Satz 1 GmbHG sind alle geschriebenen Geschäftsunterlagen, zu denen sowohl alle internen Papiere und die gesamte Geschäftskorrespondenz als auch die Buchungsbelege zählen, ohne dass es darauf ankäme, ob sie der besonderen Aufbewahrungspflicht nach § 257 HGB unterliegen oder ob sie im Einzelfall für die Willensbildung der Gesellschafter dieselbe Bedeutung haben wie die Handelsbücher<sup>6</sup>. Ferner fallen unter den Begriff sämtliche durch elektronische Medien gespeicherte Daten, also beispielsweise EDV-geführte Dateien, Mikroverfilmungen und andere technische Aufzeichnungen<sup>7</sup>.

1 OLG Karlsruhe v. 8.2.1984 – 15 W 42/83, GmbHR 1985, 59 (60).

2 BGH v. 6.3.1997 – II ZB 4/96, GmbHR 1997, 705 (706); Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 51a Rz. 9.

3 K. Schmidt in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 51a Rz. 18; Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 51a Rz. 17.

4 KG v. 23.12.1987 – 2 W 6008/87, GmbHR 1988, 221; Gustavus, GmbHR 1989, 181.

5 OLG Köln v. 26.4.1985 – 24 W 54/84, GmbHR 1985, 358.

6 BGH v. 6.3.1997 – II ZB 4/96, GmbHR 1997, 705 (706).

7 Hillmann in MünchKomm. GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 51a Rz. 51.

Im Übrigen richtet sich grundsätzlich nach dem Verlangen des Gesellschafters, zu welcher Zeit und unter welchen Modalitäten Einsicht zu gewähren ist. Eine Beschränkung des Einsichtsrechts auf das Wochenende oder nach Geschäftsschluss wäre nur dann gerechtfertigt, wenn die Einsichtnahme während der üblichen Geschäftszeiten zu einer unverhältnismäßigen Belastung der Gesellschaft führen würde<sup>1</sup>. Eine Beschränkung auf eine lediglich quartalsweise Einsichtnahme ist unzulässig<sup>2</sup>. 1179

Einsichtsrecht und Auskunftsrecht stehen nicht in einem Verhältnis der Subsidiarität zueinander<sup>3</sup>. Beide Ansprüche sind funktionell nicht deckungsgleich. Während das Auskunftsrecht eine Information ermöglicht, die mit der Sachkompetenz der Geschäftsleitung versehen ist, gestattet es die Einsichtnahme, die tatsächlichen Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses und der Geschäftsführung zu ermitteln. **Auskunfts- und Einsichtsrecht** stehen daher **gleichrangig nebeneinander**<sup>4</sup>. Die Rspr. lässt sie dementsprechend nebeneinander zu<sup>5</sup>. Das Einsichtsrecht kann aber die GmbH im Einzelfall in besonderem Maße belasten, so dass die Ausübung des Einsichtsrechts anstelle des Auskunftsrechts missbräuchlich sein kann<sup>6</sup>. Denn der Gesellschafter unterliegt aufgrund seiner Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft dem Gebot der Ausübung in schonendster Form<sup>7</sup>. Dementsprechend muss das Informationsinteresse des Gesellschafters nicht in der von ihm begehrten Form erfüllt werden; es kann entweder durch Auskunftserteilung oder durch Einsichtsgewährung erfüllt werden, sofern das Informationsinteresse befriedigt wird<sup>8</sup>. 1180

Man wird dem Auskunft oder Einsicht verlangenden Gesellschafter allgemein auch die **Zuziehung eines Sachverständigen**, der beruflich zur 1181

1 OLG Hamburg v. 20.6.2002 – 11 W 41/01, GmbHR 2002, 913.

2 LG Essen v. 4.7.2014 – 45 O 49/13, GmbHR 2014, 991.

3 KG v. 23.12.1987 – 2 W 6008/87, GmbHR 1988, 221.

4 Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 51a Rz. 10.

5 Gustavus, GmbHR 1989, 182; Hillmann in MünchKomm. GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 51a Rz. 61.

6 Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 51a Rz. 10, 36.

7 Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51a Rz. 3.

8 OLG München v. 15.1.2015 – 23 U 2469/14, juris.



Verschwiegenheit verpflichtet ist, nicht verweigern dürfen, wenn sie einem gerechtfertigten Informationsinteresse dient<sup>1</sup>.

- 1182 **Anspruchsgegner** des Auskünfte- und Einsichtsrechts ist trotz des missverständlichen Gesetzeswortlauts die Gesellschaft, die durch die Geschäftsführer nur vertreten wird, nicht ihre Geschäftsführer<sup>2</sup>.

## 2. Schranken des Auskunftsrechts

- 1183 Der Grundsatz eines grenzenlosen Informationsrechts bedarf einiger Einschränkungen<sup>3</sup>. Hierbei kann es sich um **ungeschriebene Verweigerungsgründe** oder um den Grundsatz der **zweckentsprechenden Wahrnehmung** handeln<sup>4</sup>.
- 1184 Der Informationsanspruch der Gesellschafter ist ebenso wie alle anderen Individualrechte dem **Verbot missbräuchlichen Verhaltens** unterworfen. Als Beispiele sind zu nennen, dass eine Auskunft über eine relativ unbedeutende Angelegenheit verlangt wird, obwohl dadurch eine relativ große Unruhe unter der Belegschaft eintreten und eine Gefährdung des Betriebsfriedens drohen würde oder dass ein Informationsverlangen zur Unzeit gestellt wird oder dass es von dem Geschäftsführer als schikanös empfunden werden müsste, weil es unbedeutende Geschäftsangelegenheiten betrifft<sup>5</sup>. Auch wenn das Informationsverlangen nach Lage der Dinge nichts zutage fördern kann, was der Gesellschafter nicht bereits weiß oder auf einfachere Weise herauszufinden vermag, ist es rechtsmissbräuchlich<sup>6</sup>. In diesen Fällen ist die GmbH berechtigt, die Erfüllung des Informationsanspruchs zu verweigern<sup>7</sup>. Dies gilt aber nicht ohne weiteres, weil der

1 BayObLG v. 22.12.1988 – BReg. 3 Z 157/88, GmbHR 1989, 204 (205); BayObLG v. 4.7.1991 – BReg 3 Z 151/90, BB 1991, 1589; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 51a Rz. 15c, 27.

2 BGH v. 6.3.1997 – II ZB 4/96, GmbHR 1997, 705 = ZIP 1997, 978 (979); OLG Hamm v. 6.2.1986 – 8 W 52/85, GmbHR 1986, 384; KG v. 23.12.1987 – 2 W 6008/87, GmbHR 1988, 221.

3 *K. Müller*, GmbHR 1987, 87; *Römermann* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 51a Rz. 132.

4 BGH v. 6.3.1997 – II ZB 4/96, GmbHR 1997, 705 (706).

5 *K. Müller*, GmbHR 1987, 87 (90); *Hillmann* in MünchKomm. GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 51a Rz. 61.

6 *Roth* in Roth/Altmeyers, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 51a Rz. 36.

7 *Roth* in Roth/Altmeyers, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 51a Rz. 35; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51a Rz. 37.

die Auskunft begehrende Gesellschafter in der fraglichen Zeit selbst Geschäftsführer der Gesellschaft war. Wenn er nur Gesamtgeschäftsführer gewesen ist und neben ihm ein alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer bestellt war, dessen Handlungen dem Gesellschafter-Geschäftsführer möglicherweise nicht zur Kenntnis gelangt sind, ist das Informationsverlangen nicht rechtsmissbräuchlich<sup>1</sup>.

Kein Anspruch auf Information besteht dort, wo sich der Geschäftsführer durch die **Informationserteilung strafbar** machen würde<sup>2</sup>. Dies gilt jedoch nicht für den Straftatbestand des § 85 Abs. 1 GmbHG. Denn die Erfüllung eines berechtigten Informationsverlangens eines Gesellschafters nach § 51a Abs. 1 GmbHG ist iS dieser Vorschrift befugt<sup>3</sup>. Dies gilt auch nicht in den Fällen einer Verletzung des Datenschutzgesetzes. Denn § 51a GmbHG geht den Vorschriften des BDSG vor<sup>4</sup>. Das gilt aber nur insoweit, wie das Informationsrecht des Gesellschafters reicht. Der Geschäftsführer sollte vor der Erteilung von Informationen sorgfältig prüfen, ob die Grenzen des Informationsanspruchs hinsichtlich der Weitergabe von personenbezogenen Daten gewahrt sind<sup>5</sup>.

Das Informationsrecht erlischt durch Erfüllung, so dass nutzlose Wiederholungen nicht verlangt werden können<sup>6</sup>. Bei **objektiver Unmöglichkeit** der Informationserteilung ist ein durchsetzbarer Anspruch nicht gegeben. Wohl aber kann dem die Information begehrenden Gesellschafter ein Schadensersatzanspruch erwachsen, falls die Gesellschaft die von ihr geschuldete Leistung durch ihr Verhalten unmöglich gemacht hat. Der Informationsanspruch entfällt, wo seine Erfüllung nur mit einem **nicht zumutbaren personellen oder finanziellen Aufwand** erfolgen kann. Dies ist der Fall, wenn unter Berücksichtigung der Gesamtumstände der Aufwand einen

1 OLG Frankfurt v. 15.11.1996 – 20 W 610/94, GmbHR 1997, 130 (131).

2 Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51a Rz. 37; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 51a Rz. 41; LG München v. 31.5.2017 – 5 HK O 1564/16, GmbHR 2017, 1042.

3 Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 85 Rz. 8; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 51a Rz. 41.

4 Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 51a Rz. 42.

5 Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 51a Rz. 42; Leinekugel/Weigel, GmbHR 2015, 393 (395 ff.).

6 Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51a Rz. 2.

Umfang annehmen würde, der eine eindeutige Überbelastung der finanziellen oder personellen Kapazität der Gesellschaft darstellt<sup>1</sup>.

- 1187 **Zeitablauf** kann den Informationsanspruch gegenstandslos werden lassen. Länger zurückliegende Angelegenheiten scheiden aber nicht schon wegen bloßen Zeitablaufs aus dem Gegenstand des Informationsrechts aus. Dies ist nur dann anzunehmen, wenn sie durch den Zeitablauf jeden aktuellen Bezug zur Gesellschaft verloren haben, ihre Kenntnis weder für den jetzigen Stand der Gesellschaft eine Bedeutung hat noch dazu geeignet ist, in Zukunft ähnlichen Problemen besser zu begegnen<sup>2</sup>.
- 1188 Strittig ist, ob § 51a Abs. 2 Satz 2 GmbHG nur für die Informationsverweigerung aus § 51a Abs. 2 Satz 1 GmbHG gilt oder für jeden Fall der Informationsverweigerung. Für Ersteres spricht der Aufbau des § 51a Abs. 2 GmbHG und vielleicht auch die Tatsache, dass lediglich die Informationsverweigerung aus § 51 Abs. 2 Satz 1 GmbHG das Wohl und Wehe der Gesellschaft berührt<sup>3</sup>. Die hM sieht daher die Informationsverweigerung außerhalb des § 51a Abs. 2 Satz 1 GmbHG als eine Geschäftsführungsangelegenheit, für die § 51a Abs. 2 Satz 2 GmbHG nicht gilt<sup>4</sup>. Trotzdem wird man den Geschäftsführern auch in solchen Fällen anraten müssen, vorsorglich einen Beschluss der Gesellschafter herbeizuführen.

### 3. Informationsverweigerung (§ 51a Abs. 2 GmbHG)

- 1189 Nach § 51a Abs. 2 GmbHG dürfen Auskunft und/oder Einsichtnahme verweigert werden, wenn zu „besorgen“ ist, dass der das Informationsrecht ausübende Gesellschafter es zu gesellschaftsfremden Zwecken verwenden will und dadurch der Gesellschaft oder einem verbundenen Unternehmen einen nicht unerheblichen Schaden zufügen wird. Es braucht demzufolge nur die **„Gefahr“ eines gesellschaftsfremden Verwendungszwecks und eines daraus resultierenden Nachteils** zu bestehen<sup>5</sup>. Ob dieser Tatbestand gegeben ist, muss durch Abwägung des Begehrens einerseits und

1 K. Müller, GmbHR 1987, 87 (91); Hillmann in MünchKomm. GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 51a Rz. 85.

2 KG v. 23.12.1987 – 2 W 6008/87, GmbHR 1988, 221.

3 So K. Schmidt, GmbHR 1982, 206.

4 Roth in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 51a Rz. 35 mwN; aA Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51a Rz. 38.

5 Otte, NZG 2014, 521 (523).

der Gefahren andererseits ermittelt werden<sup>1</sup>. Es genügt ein hinreichender Grad an Wahrscheinlichkeit einer nachteiligen Informationsverwendung, der anhand konkreter Umstände (zB frühere Verletzung der Vertraulichkeit, Betrieb eines Konkurrenzunternehmens) zu ermitteln ist<sup>2</sup>. In der Praxis kommt besonders häufig der Fall vor, dass ein Gesellschafter eine **konkrete Konkurrenzbeziehung** unterhält, die ein objektives Risiko für die Gesellschaft beinhaltet und von den Mitgesellschaftern als nicht hinnehmbar betrachtet wird. Dabei können die Voraussetzungen des § 51a Abs. 2 GmbHG für einzelne Auskünfte und Unterlagen unterschiedlich zu beurteilen sein. Jedenfalls ist die pauschale Verweigerung von Informationen gegenüber einem auch bei einem Konkurrenzunternehmen beteiligten Gesellschafter nicht statthaft<sup>3</sup>.

Nach § 51a Abs. 2 Satz 2 GmbHG setzt die Informationsverweigerung einen entsprechenden **Beschluss der Gesellschafter** voraus. Eine Verweigerung der Information gem. § 51a Abs. 2 Satz 1 GmbHG ist unberechtigt, wenn sie nicht auf einem Beschluss der Gesellschafter beruht<sup>4</sup>. Der die Auskunft verlangende Gesellschafter selbst ist bei der Abstimmung nicht stimmberechtigt. Gegen den Verweigerungsbeschluss kann der Gesellschafter nach § 51b GmbHG vorgehen. Eine Anfechtung ist deshalb nur ausnahmsweise zulässig, wenn der die Information begehrende Gesellschafter „ein über seinen Wunsch nach Erhalt der verweigerten Auskunft hinausgehendes Interesse darzulegen vermag, dessen Durchsetzung die vorherige Beseitigung des gem. § 51a Abs. 2 Satz 2 GmbHG gefassten Beschlusses durch Gerichtsurteil erfordert“<sup>5</sup>. 1190

Der Gesellschafterbeschluss kann als **vorweggenommener und abstrakter Verweigerungsbeschluss** gefasst werden, in welchem die Gesellschafter ein bestimmtes Fremdinteresse als unannehmbares Risiko bezeichnen, bestimmte abstrakt bezeichnete Informationen für verweigerungsbedürftig erklären und es im Übrigen den Geschäftsführern überlassen, im jeweiligen 1191

1 OLG Stuttgart v. 8.2.1983 – 8 W 496/82, GmbHR 1983, 242. Zur Auskunftsverweigerung bei Geheimhaltungsvereinbarungen vgl. *Haggeney/Hausmanns*, NZG 2016, 814 (817 f.).

2 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51a Rz. 35.

3 OLG München v. 11.12.2007 – 31 Wx 048/07, NZG 2008, 199 (200).

4 OLG Karlsruhe v. 11.12.1984 – 11 W 135/84, GmbHR 1985, 362.

5 BGH v. 7.12.1987 – II ZR 86/87, GmbHR 1988, 213 = BB 1988, 229; LG Essen v. 27.2.1998 – 47 O 175/97, GmbHR 1998, 941 (942); *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 51a Rz. 46.

Einzelfall festzustellen, welche Tatbestände zu subsumieren sind<sup>1</sup>. Gegen einen solchen Vorratsbeschluss ist – trotz der einzelfallbezogenen Sonderregeln in § 51b GmbHG (s. Rz. I 1193 ff.) – die Anfechtungsklage zulässig<sup>2</sup>.

- 1192 Der vom Informationsrecht ausgeschlossene Gesellschafter bleibt berechtigt, sein grundsätzliches Informationsrecht durch einen **unabhängigen Sachverständigen** und zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten **Treuhänder** ausüben zu lassen<sup>3</sup>, sofern gewährleistet ist, dass der Treuhänder die gesperrten Informationen nicht an seinen Treugeber weiterleitet. Die Weiterleitung darf nur in Form von Wertungen erfolgen, etwa des Inhalts, dass die Geschäftsführung ordnungsgemäß erscheint<sup>4</sup>. In einem solchen Fall ist es aber zwingend geboten, dass der Treuhänder für beide Seiten gleichermaßen vertrauenswürdig ist. Auswahl und Abberufung des Treuhänders dürfen daher nicht in der Hand des Treugebers liegen<sup>5</sup>. Die Beteiligten haben sich vielmehr auf eine Vertrauensperson zu einigen. Gelingt ihnen dies nicht, so ist sie von dem für die Entscheidung über den Informationsanspruch zuständigen Gericht zu ernennen<sup>6</sup>. Trifft der Treuhänder Feststellungen, welche den Verdacht eines gesetz- oder sachwidrigen Verhaltens der Mitgesellschafter rechtfertigen und dem Treugeber ein Recht zur Auflösung der Gesellschaft, zum Austritt aus ihr oder einen Anspruch auf Schadensersatz gegen die Gesellschaft geben, so hat er dies dem Treugeber mitzuteilen<sup>7</sup>. Eigene Auskunfts- oder Zahlungsansprüche der GmbH gegen den Gesellschafter führen allerdings nicht zu einem Zurückbehaltungsrecht in Bezug auf den Informationsanspruch des Gesellschafters<sup>8</sup>. Auf das Auskunftsrecht ausgeschiedener Gesellschafter (§§ 810, 242 BGB) findet § 51a Abs. 2 GmbHG analog Anwendung. Liegen dessen Voraussetzungen vor, so besteht ein Auskunftsrecht des ausgeschiedenen Gesellschafters nicht<sup>9</sup>.

1 Ivens, GmbHR 1989, 273 (275); aA Hillmann in MünchKomm. GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 51a Rz. 70.

2 BGH v. 27.4.2009 – II ZR 167/07, GmbHR 2009, 770 m. Komm. Podewils = NZG 2009, 707 f.

3 Dazu auch OLG München v. 11.12.2007 – 31 Wx 048/07, NZG 2008, 199 (200).

4 Ivens, GmbHR 1989, 273 (277).

5 BayObLG v. 22.12.1988 – BReg. 3 Z 157/88, GmbHR 1989, 204 (206).

6 BayObLG v. 22.12.1988 – BReg. 3 Z 157/88, GmbHR 1989, 204 (206).

7 Ivens, GmbHR 1989, 273 (277).

8 OLG Frankfurt v. 7.8.2007 – 20 W 104/07, GmbHR 2008, 592 = NZG 2008, 158.

9 OLG Naumburg v. 12.12.2013 – 9 U 58/13, GmbHR 2014, 209.

**4. Informationserzwingungsverfahren (§ 51b GmbHG)**

Wird einem Gesellschafter Einsichtnahme oder Auskunft verweigert, so kann er **Antrag auf gerichtliche Entscheidung** stellen (sog. Informationserzwingungsverfahren). Es findet § 132 Abs. 1 und 3 bis 5 AktG entsprechende Anwendung (§ 51b Satz 1 GmbHG). Antragsberechtigt ist jeder Gesellschafter, dem die verlangte Auskunft nicht gegeben oder die verlangte Einsicht nicht gestattet worden ist (§ 51b Satz 2 GmbHG). Daher besteht das Recht auf gerichtliche Entscheidung nur dann, wenn der Anspruch auf Information vor Klageerhebung geltend gemacht und abgelehnt wurde<sup>1</sup>. Die Antragschrift sollte einen hinreichend konkretisierten Antrag und eine Bezeichnung des Grundes des erhobenen Informationsanspruchs enthalten, zumal die Formel der dem Antrag stattgebenden gerichtlichen Entscheidung einen vollstreckungsfähigen Inhalt haben muss<sup>2</sup>.

Zuständig für das Informationsverweigerungsverfahren ist das **LG, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat**. Zur Sicherung einer einheitlichen Rspr. kann die jeweilige Landesregierung durch Rechtsverordnung die örtliche Zuständigkeit für mehrere Gerichtsbezirke bei einem Gericht konzentrieren. Dies ist in mehreren Bundesländern geschehen<sup>3</sup>. Die Vereinbarung einer **Schiedsklausel**, durch die der Streit über die Auskunftserteilung im Voraus der Entscheidung des LG entzogen wird, wird fast allgemein als zulässig angesehen<sup>4</sup>. Auch kann in den Gesellschaftsvertrag eine die Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit nach § 1066 ZPO begründende Schiedsklausel aufgenommen werden<sup>5</sup>.

Es handelt sich um ein **Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit**<sup>6</sup>. Es gilt daher der Amtsermittlungsgrundsatz<sup>7</sup>. Rechtsmittel ist die sofortige Beschwerde, die aber einer Zulassung durch das LG bedarf (§ 51b GmbHG,

1 OLG Karlsruhe v. 11.12.1984 – 11 W 135/84, GmbHR 1985, 362.

2 OLG Frankfurt v. 15.11.1996 – 20 W 610/94, GmbHR 1997, 130. Zum vorläufigen Rechtsschutz siehe *Hillmann* in MünchKomm. GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 51b Rz. 30; *Liebscher/Alles*, ZIP 2015, 1 ff.

3 *Hillmann* in MünchKomm. GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 51b Rz. 18.

4 *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 51b Rz. 5 mwN; *Römermann* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 51b Rz. 72.

5 *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 51a Rz. 3, § 51b Rz. 3.

6 Zur Ausschließlichkeit des Rechtsweges, OLG Saarbrücken v. 21.9.2010 – 8 W 215/10, GmbHR 2011, 33.

7 *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 51b Rz. 10.

§ 132 Abs. 3 Satz 2 AktG). Hat das LG die Beschwerde nicht zugelassen, so kommt sie nur bei greifbarer Gesetzeswidrigkeit der Entscheidung in Betracht<sup>1</sup>. Hat das LG unrichtigerweise im Zivilprozess entschieden, so ist die Berufung zulässig<sup>2</sup>.

- 1196 Zur Antragstellung ist nur derjenige befugt, der **im Zeitpunkt der Antragstellung** noch **Gesellschafter** ist. Es reicht nicht aus, dass er im Zeitpunkt der außergerichtlichen Geltendmachung Gesellschafter war<sup>3</sup>. Die Antragsberechtigung besteht aber auch dann, wenn der Gesellschafter das Gesellschaftsverhältnis zwar aus wichtigem Grunde gekündigt, aber noch keine formgültige Übertragung seiner Anteile stattgefunden hat<sup>4</sup>. Durch **Verlust der Gesellschaftereigenschaft** des auskunftsbegehrenden Gesellschafters während des Informationserzwingungsverfahrens wird der Antrag unbegründet und ist daher abzuweisen. § 265 ZPO ist nicht anzuwenden<sup>5</sup>.
- 1197 Kann der Informationsanspruch eines Gesellschafters nicht mehr auf § 51a GmbHG gestützt und daher nicht mehr nach § 51b GmbHG verfahren werden, so bleibt indessen noch eine **Klage im Zivilprozess**.
- 1198 Ist dem Antrag eines Gesellschafters auf Auskunftserteilung und/oder Einsichtsgewährung durch eine gegen die GmbH gerichtete Entscheidung rechtswirksam stattgegeben worden, so findet aus einer solchen Entscheidung die **Zwangsvollstreckung** nach den Vorschriften der ZPO statt (§ 51b Satz 1 GmbHG iVm. § 132 Abs. 4 Satz 2 AktG). Da die Auskunftserteilung eine unvertretbare Handlung darstellt, richtet sich die Vollstreckung nach § 888 ZPO<sup>6</sup>, die Vollstreckung des Einsichtsrechts nach

1 OLG Düsseldorf v. 19.3.2003 – 16 W 67/02, GmbHR 2003, 666 mwN.

2 OLG Hamm v. 12.1.1998 – 8 U 103/97, GmbHR 1998, 336.

3 OLG Köln v. 26.10.1988 – 16 Wx 114/88, GmbHR 1989, 207; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51a Rz. 14.

4 OLG Karlsruhe v. 11.12.1984 – 11 W 135/84, GmbHR 1985, 362; OLG Frankfurt v. 15.11.1996 – 20 W 610/94, GmbHR 1997, 130.

5 OLG Schleswig v. 29.2.2008 – 5 W 68/07, GmbHR 2008, 434; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 51b Rz. 13; *Römermann* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 51b Rz. 8 f.

6 BayObLG v. 22.12.1988 – BReg. 3 Z 157/88, GmbHR 1989, 204; BayObLG v. 25.3.1996 – 3 Z BR 50/96, GmbHR 1996, 455; OLG München v. 4.1.2008 – 31 Wx 82/07, GmbHR 2008, 208 = NZG 2008, 197.

§ 883 ZPO<sup>1</sup>. Soll in der Vollstreckung geltend gemacht werden, dass der Informationspflicht bereits genügt worden ist oder dass nachträglich Informationsverweigerungsgründe entstanden sind, so ist bei dem nach § 51b GmbHG zuständigen Gericht eine Vollstreckungsgegenklage analog § 767 ZPO zu erheben (hM). Der Einwand, der Auskunftsanspruch sei erfüllt, muss aber auch im Verfahren nach § 888 ZPO Beachtung finden<sup>2</sup>.

### 5. Satzungsregelungen

Der Gesellschaftsvertrag kann von den Vorschriften des § 51a GmbHG 1199 nicht abweichen (§ 51a Abs. 3 GmbHG). Das bedeutet, dass der Gesellschaftsvertrag den materiellen Gehalt des Auskunfts- und Einsichtsrechts **nicht einschränken** darf<sup>3</sup>. Dazu gehört auch, dass die Informationserteilung nicht von der Vorschaltung eines Gesellschafterbeschlusses abhängig gemacht werden darf<sup>4</sup>. Nach allgemein vertretener Auffassung können aber **Verfahrensregeln** festgelegt werden, soweit durch sie das Informationsrecht selbst nicht eingeschränkt wird<sup>5</sup>. So kann zB bestimmt werden, dass ein außerhalb der Gesellschafterversammlung geäußertes Informationsverlangen schriftlich vorgebracht werden muss<sup>6</sup>. Ferner kann im Gesellschaftsvertrag geregelt werden, inwieweit gewillkürte Bevollmächtigte das Informationsrecht ausüben dürfen<sup>7</sup>. Auch kann die Verschwiegenheitspflicht detailliert geregelt, nicht aber zB die Einhaltung bestimmter Fristen vorgeschrieben werden. Der Gesellschaftsvertrag kann vorsehen, dass in Zweifelsfällen die Auskunft einem zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten sachverständigen Treuhänder des Gesellschafters zu erteilen ist, der sich der Gesellschaft gegenüber zur Verschwiegenheit auch im Verhältnis

1 OLG Frankfurt v. 17.7.1991 – 20 W 43/91, GmbHR 1991, 577; OLG Frankfurt v. 10.3.2003 – 20 W 96/99, InVo 2003, 445 (446).

2 BayObLG v. 22.12.1988 – BReg. 3 Z 157/88, GmbHR 1989, 204 (206); OLG Frankfurt v. 17.7.1991 – 20 W 43/91, GmbHR 1991, 577.

3 *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 51a Rz. 2.

4 OLG Köln v. 18.2.1986 – 22 W 56/85, GmbHR 1986, 385 (386); *Hillmann* in MünchKomm. GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 51a Rz. 101.

5 BayObLG v. 27.10.1988 – BReg. 3 Z 100/88, GmbHR 1989, 201; *Hillmann* in MünchKomm. GmbHG, 2. Aufl. 2016, § 51a Rz. 101.

6 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51a Rz. 42.

7 *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 51a Rz. 51; *Römermann* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 51a Rz. 101.



zum Gesellschafter verpflichtet<sup>1</sup>. Unzulässig wäre aber ein generelles Verbot, das Informationsrecht persönlich auszuüben, und der Zwang, sich sachverständiger Dritter zu bedienen<sup>2</sup>.

1200–1219 Einstweilen frei.

### III. Gewinnanspruch (§ 29 GmbHG)

#### 1. Das Gewinnbeteiligungsrecht

1220 Ein sehr wesentliches Mitgliedschaftsrecht ist das Recht auf Gewinnbeteiligung. Dies schließt aber nicht aus, dass die Mitgliedschaft auch ohne vermögensrechtliche Gewinnbezugsberechtigung eingeräumt oder das **Gewinnbeteiligungsrecht** nachträglich **abbedungen** wird<sup>3</sup>. Bereits der Gründungsvertrag kann die Mitgliedschaft gewinnlos gestalten. Hat er das Gewinnbezugsrecht weder eingeschränkt noch entzogen, so kann es nachträglich durch Satzungsänderung oder durch einen Gewinnabführungsvertrag beseitigt werden. Dies bedarf aber einer eindeutigen Satzungsformulierung. Denn die Beschränkung oder der Ausschluss des Gewinnbezugsrechts in einer GmbH muss nicht nur für die vorhandenen, sondern auch für spätere beitrittswillige Gesellschafter erkennbar sein. Der Gewinnanspruch kann einzelnen oder auch allen Gesellschaftern abgesprochen werden. Grenzen sind dem nur in der Weise zu setzen, dass die Mitgliedschaft nicht durch gleichzeitige Entziehung verschiedener unselbständiger Mitgliedschaftsrechte (zB Entziehung sowohl des Gewinnanspruchs als auch des Stimmrechts) irrelevant gemacht, die Entziehung nicht gegen § 138 BGB verstoßen und der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt werden darf. Auch bedarf bei Erwerbsgesellschaften die Einführung eines dauernden vollständigen Ausschüttungsverbots oder die Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter<sup>4</sup>.

1 *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 51a Rz. 40.

2 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51a Rz. 43; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 51a Rz. 51.

3 *Seibt* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 14 Rz. 32.

4 *Seibt* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 14 Rz. 45; *Roth* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 29 Rz. 22.

Die Gewinnbeteiligung richtet sich nach den Regelungen des § 29 1221  
**GmbHG** sowie den einschlägigen Regelungen der Satzung. § 29 GmbHG  
sieht kein Recht der Gesellschafter auf Vollausschüttung des Jahresüber-  
schusses vor. Die einfache Gesellschaftermehrheit entscheidet vielmehr da-  
rüber, ob der **erwirtschaftete Gewinn in die Rücklagen eingestellt oder**  
**an die Gesellschafter ausgeschüttet** wird. Dies ergibt sich aus § 29  
Abs. 2 GmbHG, der ausdrücklich bestimmt, dass im Ergebnisverwen-  
dungsbeschluss Beträge in Gewinnrücklagen eingestellt werden können.  
Der Ergebnisverwendungsbeschluss wird nach §§ 46 Nr. 1, 47 Abs. 1  
GmbHG mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst; vgl. etwa  
die Regelung in der Mustersatzung in Teil V M 8 § 11.

Die dispositive gesetzliche Regelung der Ergebnisverwendung kann den 1222  
Interessen der Gesellschafter zuwiderlaufen. Vielleicht sind die Gesell-  
schafter einer personalistisch strukturierten GmbH auf eine Vollausschüt-  
tung angewiesen, um ihren Lebensunterhalt zu bestreiten oder auch Rück-  
lagen für Erbschaftsteuer-Fälle zu bilden. In solchen Fällen sollte im  
Gesellschaftsvertrag eine abweichende Regelung getroffen werden, wie es  
in § 29 Abs. 2 GmbHG ausdrücklich zugelassen ist. Eine solche Regelung  
kann etwa dahin gehen, dass die Gesellschafter einen Anspruch auf Voll-  
ausschüttung haben, sofern die Gesellschafter nicht mit Dreiviertelmehr-  
heit der abgegebenen Stimmen etwas anderes beschließen. Einstimmigkeit  
ist wegen der Gefahr der Blockade einer wirtschaftlich gebotenen Rück-  
lagendotierung unzumutbar<sup>1</sup>. Die Dreiviertelmehrheit ist demgegenüber  
ausreichend, weil mit dieser Mehrheit auch die Gewinnverwendungsregeln  
in der Satzung geändert werden könnten.

## 2. Der Gewinnverwendungsbeschluss

Der Gewinnverwendungsbeschluss, der gem. § 29 Abs. 2 GmbHG eine 1223  
Zuführung zu den Rücklagen oder einen vorrangigen Ausgleich von Ver-  
lustvorträgen vorsieht, kann unter den allgemeinen Voraussetzungen ange-  
fochten werden<sup>2</sup>. Es findet eine **gerichtliche Inhaltskontrolle des Er-  
gebnisverwendungsbeschlusses** nach den für die Treuepflichtbindung

<sup>1</sup> *Wolk*, Die zweckmäßige Gewinnverwendungsklausel in der GmbH, 1993, S. 187 zu  
2.

<sup>2</sup> Zur Anfechtung derartiger Gewinnverwendungsbeschlüsse etwa OLG München v.  
28.11.2007 – 7 U 2282/07, GmbHR 2008, 362 = DStR 2008, 786; *Fleischer/Trinks*,  
NZG 2015, 289 (299f.).

der Mehrheit gegenüber der Minderheit geltenden Gesichtspunkten statt<sup>1</sup>. Es muss eine Abwägung zwischen den Interessen der Gesellschaft an einer möglichst umfassenden Rücklagenbildung und dem Gewinnbezugsrecht der Minderheit nach den Maßstäben der Geeignetheit, Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit stattfinden<sup>2</sup>. Kriterien hierfür sind unter anderem die weitere Entwicklungsplanung, die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft, vor allem Ausstattung mit Eigenkapital, Kreditfähigkeit der Gesellschaft, Höhe und Laufzeit von Verbindlichkeiten, die allgemeine Wirtschaftslage, Marktsituation und Marktprognosen im Tätigkeitsbereich der Gesellschaft.

- 1224 Dies eröffnet der Gesellschaftermehrheit einen **weiten unternehmerischen Ermessensspielraum**<sup>3</sup>. Deshalb empfiehlt es sich dringend, die **Ergebnisverwendung im Gesellschaftsvertrag vorzustrukturieren**<sup>4</sup>. Die diesbezüglichen Satzungsbestimmungen müssen klar und verständlich formuliert sein<sup>5</sup>. Zu denken ist etwa an eine Regelung, die die Geschäftsführer ermächtigt, im Jahresabschluss bis zu einem Drittel des Jahresüberschusses in Gewinnrücklagen einzustellen (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GmbHG), im Übrigen aber einen Vollausschüttungsanspruch der Gesellschafter vorsieht. Dies ist im Regelfall ein angemessener Ausgleich zwischen dem Ausschüttungsinteresse des Minderheitsgesellschafters und dem Interesse des Unternehmens an Eigenkapitalbildung. Die Vorstrukturierung der Ergebnisverwendung kann auch in einem Konsortialvertrag erfolgen, der dann entsprechende Stimmbindungen erzeugt.
- 1225 Die **Rücklagenzuführung** kann nach der gesetzlichen Regelung auch bereits **im Rahmen der Feststellung des Jahresabschlusses** erfolgen. Dies ergibt sich aus § 29 Abs. 1 Satz 2 GmbHG. Für den Feststellungsbeschluss gilt auch in diesem Falle nur das Erfordernis der einfachen Stimmenmehrheit. Dies folgt aus § 29 Abs. 2 GmbHG. Die Geschäftsführer können aber auch die Rücklagenzuführung bei Aufstellung des Jahresabschlusses rechtlich verbindlich vornehmen, wenn sie dazu in der Satzung oder durch Ge-

1 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 29 Rz. 32; zu den Vorkehrungen der Minderheitsgesellschaftler gegen „Aushungerungsstrategien“ des Mehrheitsgesellschaftlers siehe *Fleischer/Trinks*, NZG 2015, 289 (290f.).

2 Vgl. etwa OLG Nürnberg v. 9.7.2008 – 12 U 690/07, DB 2008, 2415.

3 *Hommelhoff* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 29 Rz. 21; *Vorse* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 29 Rz. 45, 53 ff.

4 *Hommelhoff* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 29 Rz. 26.

5 *Mock* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 29 Rz. 36.

sellschafterbeschluss ermächtigt sind (s. Rz. II 2701 f.)<sup>1</sup>. Ist aber eine Ermächtigung der Geschäftsführer nicht gewollt, so sollte dies im Gesellschaftsvertrag klargestellt werden, etwa durch die Klausel, dass die Gesellschafter beschließen können, die von den Geschäftsführern vorgeschlagene Verwendung des Jahresüberschusses zu ändern (s. Teil V M 43, § 18 Abs. 2).

Wird im Gewinnverwendungsbeschluss eine Ausschüttung an die Gesellschafter beschlossen, so erfolgt die **Verteilung gemäß Gesetz nach Verhältnis der Geschäftsanteile** (§ 29 Abs. 3 Satz 1 GmbHG), dh. nach Verhältnis der Nennbeträge der Geschäftsanteile. Auch hier gilt, dass im Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt werden kann. Der Gesellschaftsvertrag kann für bestimmte Geschäftsanteile eine **Vorzugsdividende** vorsehen (s. Teil V M 43, § 18 Abs. 4). Es entstehen damit Vorzugs-geschäftsanteile (s. Rz. I 269 mwN). Wird eine solche Regelung durch Änderung des Gesellschaftsvertrags geschaffen, so ist die Zustimmung aller gegenüber der bisher geltenden Regelung zurückgesetzten Gesellschafter erforderlich<sup>2</sup>. Darüber hinaus kann auch der Gewinnverwendungsbeschluss für die konkrete Ausschüttung von der gesetzlichen Regel abweichen, also eine sog. **inkongruente Gewinnverteilung** vorsehen. Denn es handelt sich um eine punktuelle Regelung, die keine Dauerwirkung entfaltet (s. Rz. I 420 ff.). Auch hierfür ist aber wie für die Satzungsänderung die Zustimmung der gegenüber der gesetzlichen Regel benachteiligten Gesellschafter erforderlich. Außerdem wird mit Rücksicht auf § 29 Abs. 3 Satz 2 GmbHG eine sog. Öffnungsklausel in der Satzung verlangt, durch die eine ad hoc abweichende Gewinnverteilung auf der Grundlage eines einfachen Gesellschafterbeschlusses mit Zustimmung der Betroffenen zugelassen wird<sup>3</sup>. 1226

### 3. Der Gewinnanspruch

Es ist zwischen dem **Gewinnbeteiligungsrecht** als dem Gewinnstammrecht und dem **Gewinnauszahlungsanspruch** zu unterscheiden. Der 1227

1 *Vonnemann*, GmbHR 1992, 637 (638); *Hommelhoff* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 29 Rz. 8.

2 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 29 Rz. 53.

3 BayObLG v. 23.5.2001 – 3 Z BR 31/01, GmbHR 2001, 728; zur steuerlichen Anerkennung s. BMF v. 17.12.2013 – IV C 2 – S 2750 – a/11/10001, BStBl. I 2014, S. 63 sowie dazu *Bender/Bracksiek*, DStR 2014, 121 ff.

Gewinnauszahlungsanspruch ist ein Forderungsrecht, das zum Vermögen des Gesellschafters gehört und sich gegenüber dem Geschäftsanteil selbstständig hat. Während das Gewinnbeteiligungsrecht mit dem Geschäftsanteil erlischt oder automatisch auf einen Erwerber übergeht, bleibt der Gewinnauszahlungsanspruch bestehen und geht nicht ohne weiteres auf den Erwerber des Geschäftsanteils über, kann und muss vielmehr selbstständig abgetreten werden (s. Rz. I 1031).

- 1228 **Zur Entstehung des Gewinnauszahlungsanspruchs** reicht der Ablauf des Geschäftsjahrs nicht aus, vielmehr bedarf es zusätzlich der Feststellung des Jahresabschlusses und der Beschlussfassung über die Verwendung des ausgewiesenen Jahresgewinns<sup>1</sup>.
- 1229 Das Entstehen eines Gewinnanspruchs setzt voraus, dass sich aus dem festgestellten Jahresabschluss ein entsprechender **Reingewinn** ergibt, wobei das Geschäftsjahr auch ein Rumpfgeschäftsjahr (zB ab Eröffnung des Geschäftsbetriebs, bis zur Auflösung der Gesellschaft und nach Einbringung eines Handelsgeschäfts inmitten eines Kalenderjahres) sein kann<sup>2</sup>. Die Gesellschafter können – jedenfalls mit steuerlicher Wirkung – eine Gewinnausschüttung einem abgelaufenen Geschäftsjahr nur zuordnen, wenn der Jahresabschluss in einem Jahr eine entsprechende Verwendungsmasse aufweist<sup>3</sup>. Der Gesellschaftsvertrag kann auch andere Bilanzzeiträume als den eines Kalenderjahres bestimmen. Änderungen des Geschäftsjahrs sind bei der Gewinnverteilung zu berücksichtigen, wenn der Gesellschaftsvertrag formgerecht vor Ablauf des bisherigen Geschäftsjahrs entsprechend geändert und die Änderung im Handelsregister eingetragen worden ist (s. Rz. I 430.1).
- 1230 Der Gewinnverteilung darf **kein nichtiger Jahresabschluss** zugrunde gelegt werden. Die Nichtigkeit des Jahresabschlusses zieht diejenige des Ergebnisverwendungsbeschlusses nach sich<sup>4</sup>. Nichtigkeit des Jahresabschlusses der GmbH kommt in analoger Anwendung von § 256 Abs. 5 AktG

1 BGH v. 14.9.1998 – II ZR 172/97, GmbHR 1998, 1177 (1178).

2 In diesem Sinne auch BGH v. 14.9.1998 – II ZR 172/97, GmbHR 1998, 1177. Allerdings reicht allein der Ablauf des Rumpfgeschäftsjahrs nicht aus; vielmehr gilt allgemein, dass der Jahresabschluss festgestellt und der Gewinnverwendungsbeschluss gefasst sein muss, damit der Gewinnanspruch des Gesellschafters entsteht; näher *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 29 Rz. 49.

3 BFH v. 29.4.2009 – I R 44/08, GmbHR 2009, 997 m. Komm. *Hoffmann*.

4 *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 42a Rz. 37.

(vgl. Rz. II 2853) insbesondere in Betracht, wenn Aktivposten mit einem höheren Wert angesetzt sind als nach §§ 253 bis 256 HGB iVm. §§ 279 bis 283 HGB zulässig ist, wenn also ein „Gewinn“ nur dadurch zustande gekommen ist, dass gegen die Bewertungsvorschriften verstoßen wurde. Voraussetzung für Nichtigkeit ist allerdings, dass die Überbewertung von einigem Gewicht ist<sup>1</sup>. Ist eine Ausschüttung auf der Grundlage eines nichtigen Jahresabschlusses erfolgt, so brauchen in gutem Glauben empfangene Beträge nicht zurückgezahlt zu werden (§ 32 GmbHG). Anders verhält es sich jedoch, wenn eine Unterbilanz bestand oder durch die Ausschüttung herbeigeführt wurde. Dann besteht ein Rückzahlungsanspruch nach § 31 Abs. 1 GmbHG<sup>2</sup>. Ist noch keine Ausschüttung erfolgt, so muss ein neuer Jahresabschluss aufgestellt werden<sup>3</sup>.

Ist die Gewinnverteilung beschlossen, so entsteht dadurch jedem Gesellschafter nunmehr ein **unentziehbares und klagbares Recht auf Ausschüttung** des seinem Geschäftsanteil entsprechenden Teils. Die Gesellschaft kann selbst durch Änderung des Gesellschaftsvertrags den Gesellschaftern den Gewinnanspruch nicht mehr entziehen. Ein dagegen verstoßender Beschluss ist unwirksam und entfaltet keine Wirkung<sup>4</sup>. 1231

Der Anspruch auf Auszahlung des Gewinns wird, sofern der Gesellschaftsvertrag keinen anderen Fälligkeitstermin bestimmt, **mit der Beschlussfassung über die Gewinnverteilung fällig**. Die Auszahlung hat unverzüglich zu erfolgen, üblicherweise binnen zwei Tagen nach Beschlussfassung<sup>5</sup>. 1232

Gegen den Gewinnanspruch können allerdings die Geschäftsführer einwenden, dass bei Ausschüttung des Gewinns das **Stammkapital angegriffen** werde, also die Auszahlung nach § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verboten sei<sup>6</sup>. Insofern bleibt das Recht des Gesellschafters, mag es auch zu einem Gläubigerrecht geworden sein, ein gesellschaftliches Recht, das den Bestimmungen des GmbHG unterliegt. Es kann sich daher auch ergeben, dass im Falle der **Insolvenz der GmbH** die Gesellschafter ihren Gewinnanspruch erst nach allen anderen Insolvenzforderungen geltend machen 1233

1 BGH v. 1.3.1982 – II ZR 23/81, GmbHR 1983, 169 = BGHZ 83, 341 (347).

2 BGH v. 22.9.2003 – II ZR 229/02, GmbHR 2003, 1430.

3 *Wichmann*, GmbHR 1992, 643.

4 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 29 Rz. 50.

5 *App*, DStR 1994, 468.

6 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 30 Rz. 48.

können<sup>1</sup>. § 30 GmbHG schränkt auch eine Dividendengarantie ein, sei sie als festes Zinsversprechen oder in anderer Weise gegeben.

- 1234 Generell zulässig sind auch **Vorabausschüttungen** während des Geschäftsjahrs oder nach dessen Ende vor Erstellung des Jahresabschlusses bzw. Eintritt der sonstigen Voraussetzungen für die endgültige Gewinnverteilung, gleichgültig ob im Gesellschaftsvertrag vorgesehen und geregelt oder nicht<sup>2</sup>. Vorabausschüttungen unterliegen jedoch der Beschlussfassung durch die Gesellschafter sowie ggf. gesellschaftsvertraglichen Regelungen<sup>3</sup>. Außerdem ist Voraussetzung für eine Vorabausschüttung die begründete Erwartung eines Gewinns für das laufende Geschäftsjahr<sup>4</sup>. Darüber hinaus muss gem. § 30 GmbHG die Zahlung aus dem Gesellschaftsvermögen ohne Beeinträchtigung des Stammkapitals im Auszahlungszeitpunkt möglich sein. Der festgestellte Jahresabschluss des abgelaufenen Geschäftsjahrs darf also keine Unterbilanz aufweisen. Dagegen kann weder eine festgestellte Zwischenbilanz verlangt werden noch der Nachweis, dass im Zeitpunkt der Vorauszahlung bereits ein entsprechender Gewinn erzielt worden ist, da es ausschließlich auf den nach vorsichtiger kaufmännischer Bewertung zu erwartenden Jahresüberschuss ankommt, dessen Schätzung nach sorgfältiger kaufmännischer Berechnung ein Nettoergebnis in Höhe der Vorauszahlung erwarten lassen muss<sup>5</sup>.
- 1235 Als Vorabausschüttung steht die Zahlung unter dem **Vorbehalt eines entsprechenden Jahresergebnisses**. Ergeben festgestellter Jahresabschluss und Ergebnisverwendungsbeschluss keine Dividende in ausreichender Höhe, sind die Gesellschafter nach § 812 BGB zur Rückzahlung der nicht ge-

---

1 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 29 Rz. 56. Zum Auszahlungsanspruch bei Insolvenzreife, für den ein qualifizierter Rangrücktritt vereinbart wurde, s. BGH v. 5.3.2015 – IX ZR 133/14, GmbHR 2015, 472; *Mock*, JZ 2015, 525 (528).

2 *Verse* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 29 Rz. 106; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 29 Rz. 60.

3 *Verse* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 29 Rz. 107; *Roth* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 29 Rz. 56.

4 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 29 Rz. 61.

5 *Eder*, GmbHR 1969, 285.

deckten Beträge verpflichtet<sup>1</sup>. Jedoch erscheint es zulässig, den Teil des Vorschusses, der den verteilten Jahresgewinn übersteigt, auf das nächste Geschäftsjahr zu verrechnen.

Möglich ist auch, dass die Gesellschafter im Rahmen der Feststellung des Jahresabschlusses die **Auflösung von Kapitalrücklagen** beschließen und diese sodann als Bilanzgewinn ausschütten (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GmbHG). Die Rücklagenauflösung kann auch noch Gegenstand des Gewinnverwendungsbeschlusses sein<sup>2</sup>. 1236

#### 4. Verdeckte Gewinnausschüttung

Von der offenen Gewinnausschüttung wird die verdeckte Gewinnausschüttung unterschieden. Der Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung stammt aus dem Steuerrecht (s. dazu Rz. III 1040 ff.)<sup>3</sup>. Zivilrechtlich liegt eine verdeckte Gewinnausschüttung – im Hinblick auf § 30 GmbHG besser verdeckte Ausschüttung<sup>4</sup> oder verdeckte Vorteilsgewährung<sup>5</sup> – vor, wenn außerhalb der förmlichen Gewinnverteilung aus der Gesellschaft **geldwerte Vorteile zugunsten der Gesellschafter abfließen**<sup>6</sup>. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ein Gesellschafter Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen ohne äquivalente Gegenleistung erhält<sup>7</sup>. Die Abgrenzung gegenüber bloßen Drittgeschäften, also einfachen Umsatzgeschäften der Gesellschaft mit Gesellschaftern, erfolgt danach, ob ein gewissenhaft nach kaufmännischen Grundsätzen handelnder Geschäftsführer in sonst gleicher Lage zu gleichen Bedingungen **auch mit einem Nichtgesellschafter abgeschlossen hätte**, ob also die Leistung durch betriebliche Gründe gerechtfertigt erscheint (s. Rz. III 1080). Eine verdeckte Ausschüttung kann auch vorliegen, wenn einem Gesellschafter Betriebsmittel der 1237

1 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 29 Rz. 61; *Roth* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 29 Rz. 57; BGH v. 2.3.2009 – II ZR 264/07, GmbHR 2009, 712 m. Komm. *Münnich* = NZG 2009, 659 (660 f.); OLG Hamm v. 5.2.1992 – 8 U 159/91, GmbHR 1992, 456 = DStR 1992, 827 f.

2 *Hommelhoff* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 29 Rz. 27 mwN.

3 *Verse* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 29 Rz. 115; *Pentz* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 29 Rz. 158.

4 *Zacher*, DStR 1994, 138.

5 *Hommelhoff* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 29 Rz. 48.

6 *Zacher*, DStR 1994, 128 (140).

7 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 29 Rz. 68; *Servatius*, GmbHR 1998, 723 (725).



Gesellschaft unentgeltlich oder zum Selbstkostenpreis zur Verfügung gestellt werden; Letzteres allerdings nur, wenn die Gesellschaft die erbrachten Leistungen während der betreffenden Zeit hätte gewerblich nutzen können<sup>1</sup>. Einen gesetzlich geregelten Spezialfall einer verdeckten Gewinnausschüttung beschreibt § 30 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 GmbHG. Eine Auszahlung des Stammkapitals ist dann unzulässig, wenn dem kein vollwertiger Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegenübersteht. Die Verletzung des insoweit normierten Deckungsgebots<sup>2</sup> stellt zugleich begrifflich eine verdeckte Gewinnausschüttung dar.

- 1238 Darüber hinaus kann eine verdeckte Ausschüttung auch dann vorliegen, wenn die Gesellschaft die ihr aus einem treuwidrigen Verhalten eines Gesellschafters erwachsenden Regressansprüche nicht geltend macht bzw. das treuwidrige Verhalten duldet<sup>3</sup>. Diese Konstellation kann insbesondere im Bereich der **Geschäftschancenlehre**<sup>4</sup> von Bedeutung sein, die sich konkret an die Geschäftsführer richtet und es ihnen verbietet, eigene Geschäftschancen der Gesellschaft wahrzunehmen oder ihr zu entziehen (vgl. dazu auch Rz. I 2247 ff.). Dementsprechend darf ein Geschäftsführer in Angelegenheiten, die das Interesse der Gesellschaft berühren, allein deren Wohl und Wehe, nicht jedoch seinen eigenen Nutzen oder den Vorteil anderer im Auge haben<sup>5</sup>. Da Geschäftschancenlehre und Wettbewerbsverbot des Geschäftsführers auf demselben Grundsatz beruhen, gleichen sie sich auch in ihren **Rechtsfolgen**. Neben dem Unterlassungsanspruch gegen den treuwidrig handelnden Geschäftsführer hat die GmbH auch einen Schadensersatzanspruch, der – entsprechend § 88 Abs. 2 Satz 2 AktG – auch den erlangten Gewinn umfasst<sup>6</sup>.

- 1239 **Typische Fälle verdeckter Ausschüttungen** in personalistischen Gesellschaften sind: Angehörige eines Gesellschafters ohne echten Aufgaben-

1 *Servatius*, GmbHR 1998, 723 (727).

2 *Hommelhoff* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 30 Rz. 32.

3 BFH v. 9.7.2003 – I R 100/02, GmbHR 2003, 1497 m. Komm. *Hoffmann* = NJW-RR 2004, 188; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 35 Rz. 42.

4 Die Geschäftschancenlehre als organschaftliche Verhaltenspflicht entstammt der rechtsvergleichenden Heranziehung der corporate-opportunities-Doktrin aus dem US-amerikanischen Recht, vgl. *Langhein* in MünchKomm. HGB, 4. Aufl. 2016, § 112 HGB Rz. 16.

5 Insbesondere, wenn die Gesellschaft bereits einen Vertrag abgeschlossen hat, vgl. BGH v. 23.9.1985 – II ZR 257/84, NJW 1986, 584 (585).

6 *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 43 Rz. 34.

bereich werden als Arbeitnehmer beschäftigt; Häuser und Hobbys eines Gesellschafters werden durch das Unternehmen finanziert; einem Gesellschafter werden bei Verträgen mit dessen Eigenunternehmen besonders günstige Konditionen zum Nachteil der Gesellschaft eingeräumt oder es werden dort lukrative Geschäfte aus dem Geschäftsbereich der Gesellschaft als Eigengeschäft abgewickelt<sup>1</sup>.

Eine verdeckte Gewinnausschüttung ist wie eine offene Gewinnausschüttung **nur aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses zulässig**<sup>2</sup>. Bei Ungleichbehandlung müssen alle zurückgesetzten Gesellschafter zustimmen<sup>3</sup>, es sei denn, der Gesellschaftsvertrag ermächtigt die Gesellschafterversammlung zur Gewährung der Leistung, etwa zur Befreiung von einem satzungsmäßigen Wettbewerbsverbot<sup>4</sup>. Ob der betroffene Gesellschafter bei Befreiung von einem Wettbewerbsverbot nach den Grundsätzen des § 47 Abs. 4 GmbHG stimmberechtigt ist, ist umstritten (vgl. im Einzelnen Rz. I 1609 mwN).

Fehlt es an einem Gesellschafterbeschluss, so geschieht die **Vorteilsgewährung ohne Rechtsgrund**. Der Vorteil ist daher nach Bereicherungsrecht zurückzugewähren. Bei verdeckter Vorteilsgewährung an gesellschafternahe Dritte ist Rückgewährschuldner der Gesellschafter, in dessen Nähe der Dritte steht, nicht der Empfänger<sup>5</sup>. **Beachte:** Ansprüche aus §§ 812 ff. BGB unterliegen der dreijährigen Regelverjährungsfrist des § 195 BGB<sup>6</sup>. Bei disparitiven Austauschgeschäften kann der betroffene Gesellschafter durch Nachzahlung des Differenzbetrages bis zur Angemessenheitsgrenze seine Rückerstattungspflicht abwenden<sup>7</sup>.

Liegt ein Gesellschafterbeschluss vor, verstößt dieser aber gegen den **Gleichbehandlungsgrundsatz** oder die **Treuepflicht**, so ist er nur an-

1 Zacher, DSStR 1994, 138.

2 Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 29 Rz. 48; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 29 Rz. 75.

3 Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 29 Rz. 73.

4 BGH v. 16.2.1981 – II ZR 168/79, GmbHR 1981, 189 (190).

5 Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 29 Rz. 55; Verse in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 29 Rz. 125, nimmt einen Anspruch gegen den Empfänger (Dritten) nur an, wenn für diesen die Vorteilsgewähr ohne Rechtsgrund evident war.

6 Geißler, GmbHR 2003, 394 (402) mwN.

7 Zacher, DSStR 1994, 138 (142); Hommelhoff in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 29 Rz. 53.

fechtbar und die verdeckte Ausschüttung ist ohne **Anfechtung** zulässig<sup>1</sup>. Wird wirksam angefochten, so ist die Ungleichbehandlung rückgängig zu machen oder in geeigneter Weise auszugleichen<sup>2</sup>. Soweit dem Gesellschafter bei der Entgegennahme der Leistung mindestens der Vorwurf eines fahrlässigen Verhaltens zu machen ist, entsteht außerdem ein **Schadensersatzanspruch der Gesellschaft** gegen den betreffenden Gesellschafter wegen Verletzung der gesellschaftlicher Treue- und Gleichbehandlungspflichten<sup>3</sup>. Dies gilt auch dann, wenn der Gesellschafter nicht aktiv auf die Ausschüttung hingewirkt hat, sondern diese auf Initiative der Geschäftsführung an ihn geflossen ist. Letztlich kommt eine **Haftung des Geschäftsführers** nach § 43 Abs. 2 GmbHG in Betracht, wenn dieser mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns (§ 43 Abs. 1 GmbHG) den Charakter einer verdeckten Ausschüttung hätte erkennen müssen<sup>4</sup>. Bei einer Einpersonen-GmbH besteht diese Schranke naturgemäß nicht<sup>5</sup>.

- 1243 Die Auszahlung darf **nicht aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen** erfolgen (§ 30 GmbHG); s. hierzu bereits Rz. I 1234. Liegen die Voraussetzungen des § 30 GmbHG im Zeitpunkt der Auszahlung vor, so ist der begünstigte Gesellschafter nach § 31 GmbHG zur Rückzahlung verpflichtet, selbst wenn der verdeckten Auszahlung alle Gesellschafter zugestimmt haben<sup>6</sup>. Ein zugrunde liegender Gesellschafterbeschluss ist nichtig<sup>7</sup>. Zur Mithaft der übrigen Gesellschafter gem. § 31 Abs. 3 GmbHG, wenn die entgegen § 30 GmbHG geleistete Zahlung nicht vom Empfänger zurückverlangt werden kann vgl. Rz. I 609 ff.

1244–1259 Einstweilen frei.

#### IV. Recht auf Gleichbehandlung

- 1260 Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Gesellschafter ist eine wichtige Einschränkung für Mehrheitsbeschlüsse. Er hat seine Grundlage in § 53a AktG, folgt aus dem Wesen der Gesellschaft und gilt daher für das

1 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 29 Rz. 73, 74, 77; *Seibt* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 14 Rz. 61.

2 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rz. 35.

3 *Zacher*, DSStR 1994, 138 (141).

4 *Zacher*, DSStR 1994, 138 (142).

5 *Geißler*, GmbHR 2003, 394 (396) mwN.

6 *Zacher*, DSStR 1994, 138 (143).

7 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 29 Rz. 77.

gesamte Gesellschaftsrecht. Anwendungsfälle sind die verdeckte Gewinnausschüttung, der Bezugsrechtsausschluss zugunsten einiger Gesellschafter und die Kombination von freiwilligen Nachschüssen mit Sondervorteilen. Das Gleichbehandlungsgebot steht im Gesellschaftsrecht dem Willkürverbot gleich<sup>1</sup>. Gleichheit iS der gleichmäßigen Behandlung bedeutet immer die **verhältnismäßige Gleichheit**, die durch das Verhältnis der Geschäftsanteile zueinander bestimmt ist<sup>2</sup>. Dementsprechend haben alle Gesellschafter Anspruch darauf, entsprechend ihren Geschäftsanteilen am Gewinn- und Liquidationserlös teilzunehmen, zur Leistung von Stammeinlagen und gegebenenfalls Nachschüssen gleichmäßig herangezogen zu werden, und im Übrigen in ihren Rechten und Pflichten gleichmäßige Behandlung zu erfahren.

Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung in Bezug auf allgemeine Mitgliedsrechte schließt nicht die **Möglichkeit ungleichmäßiger Behandlung** mit Zustimmung der davon nachteilig betroffenen Gesellschafter aus<sup>3</sup>. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt auch nur, wenn und soweit der Gesellschaftsvertrag keine abweichenden Bestimmungen für näher beschriebene Einzelfälle getroffen hat<sup>4</sup>. In Ausnahmefällen kann Gleichbehandlung sogar treuwidrig und Ungleichbehandlung gerechtfertigt sein. Seine Geltung für das Gesellschaftsverhältnis kann aber nicht generell ausgeschlossen werden.

Die **Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes** gewährt dem Gesellschafter sowohl einen Grund zur Anfechtung des die ungleichmäßige Behandlung beinhaltenden Beschlusses als auch einen Anspruch auf Ausgleich. Besteht die Ungleichbehandlung in der ungleichen Gewährung von Vorteilen, so wird der Ausgleichsanspruch regelmäßig auf Verpflichtung der begünstigten Gesellschafter zur Rückgewähr der erlangten Vorteile gehen. Ist die Rückgewähr unzumutbar oder sogar aus Rechtsgründen ausgeschlossen und erscheint bei Berücksichtigung der allen Gesellschaftern obliegenden Treuepflicht keine andere Lösung denkbar, so kann dem benachteiligten Gesellschafter ein unmittelbarer Anspruch auf eine be-

1 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rz. 32.

2 *Seibt* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 14 Rz. 57 f.; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rz. 32.

3 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rz. 33.

4 *Seibt* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 14 Rz. 51; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 14 Rz. 47.

stimmte Ausgleichsleistung gegen die Gesellschaft zuerkannt werden. Hierzu bedarf es keiner Änderung der zurückliegenden Bilanzen. Der Anspruch auf Ausgleichszahlung kann aus den Erträgen des laufenden Geschäftsjahrs erfüllt werden<sup>1</sup>.

### V. Sonderrechte

1263 Mit dem Geschäftsanteil kann kraft Gesellschaftervertrags eine Vielzahl weiterer Rechte verbunden werden. Dabei kann es sich auch um Sonderrechte einzelner Gesellschafter oder einer Gruppe von Gesellschaftern handeln. Man wird von Sonderrechten eines Gesellschafters nur sprechen dürfen, wenn es sich um **Mitgliedsrechte verfassungsmäßiger (körperchaftlicher) Art** handelt, die **nur einzelnen Gesellschaftern zustehen**, und ihnen auf diese Weise gegenüber den anderen Gesellschaftern eine Vorzugsstellung gewähren<sup>2</sup>.

1264 Sonderrechte müssen **durch den Gesellschaftsvertrag begründet** sein und können nur durch Satzungsänderung<sup>3</sup> mit Zustimmung des Berechtigten aufgehoben oder abgeändert werden<sup>4</sup>. Ein das Sonderrecht ohne eine solche Zustimmung beeinträchtigender Gesellschafterbeschluss ist unwirksam. Ausnahmsweise kann in das Sonderrecht auf Bestellung als Geschäftsführer ohne Zustimmung des Berechtigten eingegriffen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt<sup>5</sup>.

1265 Zu den **echten**, dh. aus der Mitgliedschaft folgenden, **Sonderrechten** zählen

- das Recht auf Vorzugsdividende,
- ein Entsendungsrecht in den Aufsichtsrat,
- ein verstärktes Stimmrecht.

Nicht zu den Sonderrechten gehören die in Gesellschaftsverträgen anzutreffenden näheren Vereinbarungen zu dem Recht jedes Gesellschafters, Auskunft über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu verlangen und Einsicht in die Bücher und Geschäfte der Gesellschaft zu nehmen.

1 BGH v. 15.5.1972 – II ZR 70/70, GmbHR 1972, 224 = BB 1972, 895.

2 Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 14 Rz. 19.

3 OLG Nürnberg v. 10.11.1999 – 12 U 813/99, GmbHR 2000, 563 (564).

4 Seibt in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 14 Rz. 33 f.; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 14 Rz. 19.

5 Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 14 Rz. 19.

In der mitbestimmungsfreien GmbH, die keinen nach mitbestimmungsrechtlichen Vorschriften zusammengesetzten Aufsichtsrat zu bilden braucht, können einem Gesellschafter Befugnisse verliehen werden, die ihm eine **beherrschende Machtstellung** gewähren, die weit über seinen kapital- oder stimmenmäßigen Einfluss hinausgeht<sup>1</sup>. Wie alle anderen Sonderrechte stehen auch diese Befugnisse ihrem Inhaber nur so lange zu, wie er Gesellschafter ist. Er kann sich aber – was insbesondere bei Familiengesellschaften von Bedeutung ist – die Herrschaftsmacht in einzelnen Funktionen auch für die Zeit nach seinem Ausscheiden als Gesellschafter sichern. So kann er während seiner Zugehörigkeit zur Gesellschaft seine Bestellung zum Geschäftsführer so gestalten, dass er auch noch nach beendeter Zugehörigkeit Geschäftsführer bleibt und der Widerruf der Bestellung satzungsmäßig auf das Vorliegen wichtiger Gründe beschränkt wird (§ 38 Abs. 2 GmbHG)<sup>2</sup>. In gleicher Weise kann er sich fortdauernde Benennungsrechte einräumen lassen<sup>3</sup>. 1266

Ein Gesellschafter kann sich ein Übergewicht gegenüber der Gesellschafterversammlung auch durch **Mitgliedschaft im Aufsichtsrat** sichern. Der Aufsichtsrat der mitbestimmungsfreien GmbH ist zwar seiner Natur nach Überwachungsorgan, lässt sich aber statutarisch zum obersten die GmbH beherrschenden Organ ausgestalten<sup>4</sup>. Die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat kann durch den Gesellschaftsvertrag auch dem ausgeschiedenen Gesellschafter zugesichert werden. Dies geschieht zweckmäßig in der Weise, dass seine Abberufung aus dem Aufsichtsrat auf den Fall beschränkt wird, dass ein wichtiger Grund vorliegt. 1267

Ein **statutarisches Ausschluss- oder Einziehungsrecht** zugunsten eines und zu Lasten eines anderen Gesellschafters ist nach hM grundsätzlich nur dann zulässig, wenn es durch das Vorliegen sachlicher Gründe gerechtfertigt ist (s. Rz. I 1132)<sup>5</sup>. Entsprechend der im Personengesellschaftsrecht entwickelten Rspr. zur Ausschlussung ohne wichtigen Grund resultiert dies aus den Bedenken gegen die vom Ausschlussrecht aus- 1268

1 *Gefßler*, GmbHR 1974, 202.

2 *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 38 Rz. 7.

3 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 46 Rz. 25.

4 Dazu auch *Rodevald/Woblfarter*, GmbHR 2013, 689 (690).

5 *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 34 Rz. 43.

gehende Gefahr der Erpressbarkeit der Minderheitsgesellschafter. Wäre der Zwangseinziehungsgrund in das Belieben einer einfachen oder qualifizierten Mehrheit gestellt, so wäre die Einziehung der Willkür einer Mehrheit der Gesellschafter unterworfen.

- 1269 Eine besonders starke Stellung erhält ein Gesellschafter mit der Bestimmung, dass die **Beschlüsse** seiner **Zustimmung bedürfen**. Eine derartige Bevorzugung wird aber nur selten mit dem Geschäftsanteil verbunden und meist dem Gesellschafter persönlich eingeräumt.
- 1270 Häufig finden sich in Gesellschaftsverträgen Bestimmungen, welche die Beschlussfassung über bestimmte Gegenstände, zB Auflösung der Gesellschaft, Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern, Ankauf von Unternehmen, Veräußerung von Geschäftsanteilen uÄ von einem **einstimmigen Beschluss** oder einer größeren Mehrheit abhängig machen, als es durch Gesetz oder Satzung vorgeschrieben ist. Auch Maßnahmen der Geschäftsführung können im Gesellschaftsvertrag von der **Zustimmung einer Mehrheit der Gesellschafter** abhängig gemacht sein, die noch über die für Satzungsänderungen erforderliche Mehrheit hinausgeht. Dabei wird es sich über die genannten Beispiele hinaus allgemein um Gegenstände oder Maßnahmen handeln, welche für die Gesellschaft von besonderer Bedeutung sind.
- 1271 Bestimmungen solcher Art können dergestalt gewollt sein, dass sie nur unter Erschwerung wieder aufgehoben werden dürfen. Der Gesellschaftsvertrag sollte in einem solchen Falle selbst regeln, unter welchen Voraussetzungen und/oder Bedingungen eine Aufhebung erfolgen kann. Bezieht sich die erschwerende Satzungsbestimmung auf Gesellschafterbeschlüsse, die nichtsatzungsändernd sind, und sieht der Gesellschaftsvertrag für solche Beschlüsse besondere Qualifizierungen vor, so ergibt sich die Frage, welche Qualifikation für die Änderung einer solchen erschwerenden Satzungsbestimmung erforderlich ist. Diese Frage sollte nach den Umständen des einzelnen Falles beantwortet werden und den Besonderheiten des jeweiligen Gesellschaftsvertrags Rechnung tragen<sup>1</sup>. Es ist insbesondere kein allgemeiner Grundsatz des Inhalts nachweisbar, dass im Gesellschaftsver-

<sup>1</sup> *Semler*, GmbHR 1974, 255; OLG Düsseldorf v. 27.2.1964 – 6 U 208/63, GmbHR 1964, 250; OLG Stuttgart v. 14.2.1974 – 10 U 90/73, GmbHR 1974, 257; OLG Hamm v. 30.8.2001 – 27 U 26/01, NZG 2002, 783 = GmbHR 2001, 974; aA *Blasche*, RNotZ 2013, 515 (525).

trag enthaltene Erschwerungen einer Beschlussfassung nur gleichermaßen erschwert wieder beseitigt werden könnten. Vielmehr ist danach zu entscheiden, was gewollt ist und der Interessenlage entspricht. Stellt die Regelung zur Beschlussmehrheit materiell ein Gesellschaftersonderrecht dar, so ist diese jeweils nur mit Zustimmung des begünstigten Gesellschafters oder mit der in der Regelung bezeichneten Stimmenmehrheit änderbar<sup>1</sup>.

Einstweilen frei.

1272–1279

## B. Pflichten der Gesellschafter

### I. Nachschusspflichten (§§ 26–28 GmbHG)

Nach dem Gesetz kann der Gesellschaftsvertrag die Pflicht zur Einzahlung von sog. Nachschüssen vorsehen. Nachschüsse sind **Einzahlungen über die Nennbeträge der Geschäftsanteile hinaus** (§ 26 Abs. 1 GmbHG). Die gesetzliche Ausgestaltung ähnelt sehr derjenigen von Resteinlageverpflichtungen. 1280

Nachschusspflichten iS des Gesetzes haben **keine nennenswerte praktische Bedeutung** erlangt. Dies liegt daran, dass die personalistische GmbH vorherrschend ist, bei der schuldrechtliche Vereinbarungen ohne weiteres machbar sind. Die ausführliche gesetzliche Regelung ist darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber die kapitalistische GmbH vor Augen hatte, bei der hierfür durchaus ein Bedürfnis bestehen mag. 1281

Die gesetzliche Regelung unterscheidet vier Arten einer Nachschusspflicht: 1282

- (1) die **unbeschränkte Nachschusspflicht**. Bei ihr ist eine Höchstgrenze nicht vorgesehen. Sie hat ein Preisgaberecht (Abandon) der Gesellschafter zur Folge (§ 27 GmbHG);
- (2) die **beschränkte Nachschusspflicht**, die durch einen in der Satzung von vornherein bestimmten Betrag begrenzt ist und bei Nichtleistung der GmbH das Recht zur Kaduzierung wie bei einer Stammeinlageforderung geben kann (§§ 26 Abs. 3, 28 Abs. 1 Satz 1 GmbHG);

<sup>1</sup> Vgl. für die Änderung einer Vinkulierungsklausel (Abtretung eines Geschäftsanteils nur bei einstimmigem Gesellschafterbeschluss bzw. Zustimmung jedes Gesellschafters/aller Gesellschafter) *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 15 Rz. 40 mwN.



- (3) die unbeschränkte Nachschusspflicht, bei der das Preisgaberecht des Gesellschafters zulässig ist, wenn ein bestimmter Betrag überschritten wird, bei Anforderung eines geringeren Betrags aber die Gesellschaft wiederum kaduzieren kann (§§ 27 Abs. 4, 28 Abs. 1 Satz 2 GmbHG). Es handelt sich praktisch um eine **Verbindung der beschränkten mit der unbeschränkten Nachschusspflicht**;
- (4) die beschränkte Nachschusspflicht bzw. unbeschränkte Nachschusspflicht, bei der das Preisgaberecht des Gesellschafters gegeben ist, wenn ein bestimmter Betrag überschritten wird, bei denen die Einforderung von Nachschüssen schon vor vollständiger Einforderung der Stammeinlagen zulässig ist (§ 28 Abs. 2 GmbHG) und deren Rückzahlung erst nach vollständiger Einzahlung des Stammkapitals zulässig ist (§ 30 Abs. 2 Satz 3 GmbHG). Diese Nachschüsse kann man als **einlagegleiche Nachschüsse** bezeichnen.

1283 Die gesetzliche Regelung ist grundsätzlich zwingend. Das Gesetz selbst enthält jedoch mehrere Öffnungen für **abweichende gesellschaftsvertragliche Gestaltung**. Hinzuweisen ist auf §§ 26 Abs. 3, 27 Abs. 4, 28 Abs. 2 GmbHG. Darüber hinaus kann der Gesellschaftsvertrag die Nachschusspflicht im Einzelnen regeln, soweit nicht die §§ 26 bis 28 GmbHG entgegenstehen. So kann der Gesellschaftsvertrag weitere Erfordernisse statuieren und das Verfahren regeln. Auch kann statutarisch eine Zeit vereinbart werden, innerhalb der die Einforderung beschlossen werden kann. Die Satzung kann ebenso bestimmen, ob ein Nachschuss nur einmal oder mehrfach eingefordert werden kann. Bei der beschränkten Nachschusspflicht kann der Gesellschaftsvertrag mit Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter eine von dem Verhältnis der Geschäftsanteile abweichende Verteilung von Höchstbeträgen auf die Gesellschafter festlegen<sup>1</sup> und er kann auch nach ausdrücklicher Bestimmung in § 28 Abs. 1 Satz 1 GmbHG das Kaduzierungsrecht der Gesellschaft ausschließen und auch ein Preisgaberecht (Abandon) zubilligen. Das geht aber nicht im Falle von einlagegleichen Nachschüssen iS von § 28 Abs. 2 GmbHG. Dann müssen die §§ 21 bis 23 GmbHG zwingend gelten; die Haftung kann durch die Satzung nur verschärft werden; zur Einforderung von Nachschüssen vgl. Teil V M 144.

<sup>1</sup> *Emmerich* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 26 Rz. 12; *Mock* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 26 Rz. 52.

Zur Einforderung von Nachschüssen bedarf es zwingend einer **Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung**<sup>1</sup>. Der Gesellschaftsvertrag kann die Einforderung eines Nachschusses nicht der Beschlussfassung der Gesellschafter entziehen und einem anderen Organ übertragen<sup>2</sup>. Geschieht dies doch, so ist eine solche Bestimmung nichtig. Aber auch als Nebenleistung iS von § 3 Abs. 2 GmbHG (etwa in Gestalt einer in der Satzung geregelten Verlustausgleichspflicht – s. Rz. I 1292) kann eine derartige Pflicht den Gesellschaftern nur auf der Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses auferlegt werden, wenn die Nebenleistung eindeutig hinsichtlich der Höhe und der zeitlichen Verpflichtung bestimmt ist (s. Rz. I 1292)<sup>3</sup>. Der Gesellschaftsvertrag kann den Beschluss von einer qualifizierten Mehrheit abhängig machen. Schweigt der Gesellschaftsvertrag, so kann der Einforderungsbeschluss der Gesellschafter mit einfacher Mehrheit gefasst werden (§§ 26 Abs. 1, 47 GmbHG). Die Gesellschafter entscheiden über die Einforderung von Nachschüssen nach freiem Ermessen; nicht einmal der Insolvenzverwalter der GmbH könnte eine Einforderung erzwingen. Vorbehaltlich einer Bestimmung im Gesellschaftsvertrag nach §§ 28 Abs. 2, 27 Abs. 4, 28 Abs. 1 Satz 2 GmbHG müssen aber die Stammeinlagen aller Gesellschafter vollständig eingefordert sein, während eine vorherige Einzahlung des gesamten Stammkapitals nicht erforderlich ist<sup>4</sup>. Die Einforderung der Nachschüsse hat nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile (§ 26 Abs. 2 GmbHG) von den Gesellschaftern zu erfolgen, die zur Zeit der Beschlussfassung in die Gesellschafterliste eingetragen sind (§ 16 Abs. 1 iVm. § 40 GmbHG).

Das Gesetz sieht im Hinblick auf den Einforderungsbeschluss einen **doppelten Minderheitenschutz** vor: Eine nachträgliche Vereinbarung der Nachschusspflicht kann nur durch Satzungsänderung erfolgen und bedarf der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter, bevor sie in das Handelsregister eingetragen und geltend gemacht werden kann. Dasselbe gilt für jede Erweiterung der Nachschusspflicht sowie für die Umwandlung einer

1 OLG Frankfurt v. 10.1.1992 – 10 U 308/90, GmbHR 1992, 665.

2 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 26 Rz. 3.

3 Nach BGH v. 22.10.2007 – II ZR 101/06, NZG 2008, 148 = GmbHR 2008, 258 ist eine weder zeitlich noch betraglich begrenzte Verlustübernahmepflicht unwirksam.

4 *Emmerich* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 26 Rz. 17; *Mock* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 26 Rz. 27.

unbeschränkten in eine beschränkte Nachschusspflicht, weil die Gesellschafter dadurch ihr Preisgaberecht aus § 27 GmbHG verlieren<sup>1</sup>.

- 1286 Außerdem hat der überstimmte Minderheitsgesellschafter bei der Einforderung von Nachschüssen aufgrund einer Satzungsklausel, die die Nachschusspflicht nicht auf einen bestimmten Betrag beschränkt, ein **Preisgaberecht (Abandon)**, dh. er kann sich von der Nachschusspflicht befreien, verliert aber seinen Geschäftsanteil und scheidet aus der Gesellschaft aus (§ 27 Abs. 1 bis 3 GmbHG). Die gesetzliche Regelung der Preisgabe ist zwingend und kann weder durch den Gesellschaftsvertrag noch durch einen Vertrag zwischen der Gesellschaft und einem Gesellschafter ausgeschlossen oder eingeschränkt werden<sup>2</sup>. Der Gesellschaftsvertrag kann aber bestimmen, dass die Gesellschafter das Recht der Preisgabe erst haben, wenn die Nachschüsse eine Obergrenze überschreiten. Solange die Obergrenze nicht überschritten wird, bleiben die Gesellschafter zur Leistung der vereinbarten Nachschüsse ohne ein Recht auf Preisgabe verpflichtet. Das Preisgaberecht besteht in jedem Falle nur, wenn die Stammeinlage auf den preiszugebenden Geschäftsanteil voll eingezahlt ist (§ 27 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Andernfalls ist die Preisgabeerklärung unwirksam<sup>3</sup>. Das Preisgaberecht kann nur solange ausgeübt werden, wie die eingeforderten Nachschüsse noch nicht voll gezahlt sind. Außerdem verliert der Gesellschafter das Preisgaberecht wegen des eingeforderten Nachschusses, wenn er nicht innerhalb eines Monats seit der Aufforderung zur Leistung die Preisgabe gegenüber der Gesellschaft erklärt (s. hierzu das Beispiel einer Preisgabeerklärung in Teil V M 118).
- 1287 Den Einforderungsbeschluss der Gesellschafter haben die **Geschäftsführer durchzuführen** und damit die Rechte der GmbH zu wahren. Sieht der Beschluss keine Zahlungszeit vor, ist der Nachschuss sofort fällig und von den Geschäftsführern entsprechend anzufordern. Bei der unbeschränkten Nachschusspflicht ist die Aufforderung des Geschäftsführers an den säumigen Gesellschafter, den Nachschuss zu leisten, Voraussetzung für die Aus-

1 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 26 Rz. 7. Zum Minderheitenschutz durch Satzungsklauseln s. *Blath*, RNotZ 2017, 218.

2 *Emmerich* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 27 Rz. 2; *Mock* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 27 Rz. 7.

3 *Emmerich* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 27 Rz. 7 f.; aA *Mock* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 27 Rz. 11, nach dem die Ausübung des Preisgaberechts lediglich wirkungslos bleibt.

übung des Preisgaberechts. Die Aufforderung muss dem Gesellschafter zu-  
gehen; einschlägige Muster für derartige Aufforderungen in Teil V M 109 ff.

Bis zur Beschlussfassung besteht kein Anspruch der Gesellschaft auf Nach- 1288  
schüsse, so dass zuvor auch keine **Abtretung oder Pfändung** möglich ist.  
Der eingeforderte Nachschuss ist jedoch ein Recht der GmbH, das abtret-  
bar und pfändbar ist.

Nachschusspflichten iS des Gesetzes gehen im Falle der **Abtretung des** 1289  
**Geschäftsanteils** ebenso wie statutarische Nebenleistungspflichten ohne  
weiteres auf den Erwerber über (Rz. I 1034). Bis zur Aufnahme des Erwer-  
bers in die Gesellschafterliste nach § 16 Abs. 1, 40 GmbHG kann jedoch  
die Gesellschaft noch Nachschüsse bei dem Veräußerer anfordern. Außer-  
dem haftet der Veräußerer nach § 16 Abs. 2 GmbHG bis zu dem Zeit-  
punkt, ab dem der Erwerber nach § 16 Abs. 1 GmbHG Inhaber des Ge-  
schäftsanteils wird, auch für die bis dahin bereits eingeforderten  
Nachschüsse neben dem Erwerber weiter (Rz. I 1040).

Alle Nachschüsse werden in die **Kapitalrücklage** eingestellt (§ 42 Abs. 2 1290  
Satz 3 GmbHG). Ab Einforderung des Nachschusses wird bereits eine  
Forderung aktiviert, es sei denn, es steht den Gesellschaftern ein Preisgabe-  
recht zu, wenn es sich also um eine unbeschränkte Nachschusspflicht han-  
delt (§ 42 Abs. 2 Satz 1 GmbHG).

Das Nachschusskapital bietet im Vergleich zum Stammkapital eine **grö- 1291**  
**ßere Flexibilität**. Es kann ohne das Verfahren der Kapitalherabsetzung  
an die Gesellschafter zurückgezahlt werden. Anders als bei sonstigen Zu-  
zahlungen in das Eigenkapital einschließlich eines Agios unterliegt die  
Rückzahlung jedoch gewissen **Einschränkungen**. Diese sind in § 30  
Abs. 2 GmbHG geregelt. Danach bedarf es eines Rückzahlungsbeschlus-  
ses, dieser Rückzahlungsbeschluss muss in den Gesellschaftsblättern be-  
kannt gemacht werden, ferner gilt eine Sperrfrist von drei Monaten nach  
dieser Bekanntmachung. Handelt es sich um einlagegleiche Nachschüsse  
(§ 28 Abs. 2 GmbHG), so ist eine Rückzahlung erst nach Volleinzahlung  
des Stammkapitals zulässig.

## II. Nebenleistungspflichten (§ 3 Abs. 2 GmbHG)

Nebenleistungspflichten sind Pflichten der Gesellschafter außer der Pflicht 1292  
zur Leistung der Stammeinlage und zur Leistung von Nachschüssen (zum

Begriff der Nebenleistungen s. schon Rz. I 269). Der Gegenstand solcher Leistungspflichten ist nicht begrenzt. Besonders häufig sind **Unterlassungs-, Dienstleistungs- und Finanzierungsverpflichtungen**. Auch **Liefer- oder Abnahmepflichten** können in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden, soweit dies kartellrechtlich zulässig ist<sup>1</sup>. Gelegentlich anzutreffen ist eine **Pflicht zur Kostentragung bzw. Verlustausgleichspflicht**, die aber nur wirksam ist, wenn eine zeitliche und betragliche Begrenzung festgelegt wird<sup>2</sup>. Daneben bietet die Regelung einer Nebenleistungspflicht die Möglichkeit, der Gesellschaft eine Zuwendung verbindlich zukommen zu lassen, die einer Sacheinbringung oder Sachkapitalerhöhung nicht zugänglich ist, so zB die Erbringung von Dienstleistungen<sup>3</sup>. Die finanzielle Nebenleistung ist Bestandteil des in der Insolvenz der Gläubigerbefriedigung dienenden Eigenkapitals. Deshalb ist die Nebenleistung auch zu erbringen, wenn die Gesellschaft zwischenzeitlich in die Insolvenz geraten ist<sup>4</sup>.

- 1293 Ein Sonderfall der Nebenleistungspflicht ist die statutarisch begründete **Abtretungspflicht** (s. etwa Rz. I 1094)<sup>5</sup>. Auch hier handelt es sich nicht um einen – nach § 15 Abs. 4 GmbHG formbedürftigen – schuldrechtlichen Vertrag. Die Abtretungsklausel ist vielmehr echter Satzungsbestandteil und begründet eine mitgliedschaftliche Pflicht.
- 1294 **Verpflichtungen zur Kapitalzuführung**, also Verpflichtungen, der GmbH über die Stammeinlagen und evtl. Nachschüsse hinaus Mittel zur Verfügung zu stellen, zB als Darlehen oder im Wege der Kapitalerhöhung, können mit dem Geschäftsanteil verbunden werden. Vielfach werden solche Finanzierungsverpflichtungen jedoch für eine statutarische Geltung zu unbestimmt sein, wie zB die Verpflichtung, die Gesellschaft mit Bürgschaften und sonstigen Sicherheiten zu unterstützen<sup>6</sup>. Vertretbar erscheint aber eine Regelung im Gesellschaftsvertrag, wonach die Gesellschafter verpflichtet sind, unter Verzicht auf ihr Bezugsrecht für eine Kapitalerhöhung zu Sanierungszwecken zu stimmen, gleichgültig ob einer der Gesellschafter oder ein Kreditinstitut zur Übernahme einer Stammeinlage bereit ist, vo-

1 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 3 Rz. 40.

2 BGH v. 22.10.2007 – II ZR 101/06, GmbHR 2008, 258 = NZG 2008, 148; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 3 Rz. 39.

3 S. hierzu *Rodewald/Scheel*, GmbHR 2003, 1478 ff.; *Giedinghagen*, NZG 2009, 201 (206).

4 OLG Schleswig v. 29.4.2015 – 9 U 132/13, GmbHR 2015, 990.

5 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 3 Rz. 49, § 15 Rz. 30 f.

6 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 3 Rz. 38.

rausgesetzt lediglich, dass der Ausgabebetrag nicht unangemessen niedrig ist (s. Rz. I 632).

Anders als Nachschüsse iS der §§ 26 ff. GmbHG müssen diese Leistungen **nicht durch Gesellschafterbeschluss** eingefordert werden und sind nicht an das Verhältnis der Geschäftsanteile gebunden, können vielmehr unabhängig hiervon vereinbart werden<sup>1</sup>. Ihre Geltendmachung durch die Geschäftsführer kann aber statutarisch von einer Beschlussfassung der Gesellschaft abhängig gemacht werden. Ein derartiger Beschluss stellt die Verpflichtung, die Nebenleistung zu erbringen, nicht bindend fest, sondern ist nur die Voraussetzung für die Geltendmachung des Anspruchs (ähnlich § 46 Nr. 2 und 8 GmbHG). Dementsprechend ist im Prozess über die Anfechtung eines solchen Beschlusses nicht zu prüfen, ob der Anspruch, der geltend gemacht werden soll, tatsächlich besteht<sup>2</sup>. Die näheren Einzelheiten der Leistung können in einem gesonderten privatschriftlichen Ausführungsvertrag geregelt werden<sup>3</sup>. 1295

Eine **nachträgliche Einführung oder Vermehrung bestehender Nebenleistungspflichten** bedarf der Zustimmung aller davon betroffenen Gesellschafter und eines satzungsändernden Beschlusses (§ 30 BGB, §§ 53, 54 GmbHG). Ebenso bedarf es zur Aufhebung der übernommenen Verpflichtungen eines satzungsändernden Beschlusses<sup>4</sup>. 1296

Die Übernahme von Nebenleistungspflichten ist anders als die Übernahme einer Stammeinlage im Falle von Willensmängeln (Irrtum, Täuschung, Drohung) **anfechtbar**. Auch kann sie als Scheingeschäft oder aus anderen Gründen **nichtig** sein. Andererseits kann die Übernahme bedingt oder befristet, gegen Entgelt oder unentgeltlich erklärt werden. 1297

Enthält der Gesellschaftsvertrag eine Verpflichtung dienstvertraglicher oder mietvertraglicher Art, so muss dies nicht immer eine mit dem Geschäftsanteil verbundene Nebenleistungspflicht sein. Es ist durchaus möglich und regelbar, dass ein bestimmter Gesellschafter für sich persönlich eine solche Nebenleistungspflicht übernimmt und die Mitgesellschafter dies im Gesellschaftsvertrag niedergelegt sehen möchten. In Betracht kommt insbesondere die Pflicht zur Führung der Geschäfte. Sie auch spä- 1298

1 OLG Frankfurt aM v. 10.1.1992 – 10 U 308/90, GmbHR 1992, 665 (666).

2 BGH v. 17.10.1988 – II ZR 372/87, GmbHR 1989, 151 (152).

3 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 3 Rz. 54, 56.

4 BGH v. 28.6.1999 – II ZR 272/98, GmbHR 1999, 911 (913).

teren Erwerbern des Geschäftsanteils aufzuerlegen, wird oft gar nicht der Wille der Gesellschafter sein. Bei mietvertraglichen und ähnlichen Leistungen gilt das Gleiche, zumal da von Erwerbern des Geschäftsanteils im Allgemeinen nicht erwartet werden kann, dass sie zu der von ihrem Rechtsvorgänger übernommenen Leistung in der Lage sind. Es kann sich daher auch empfehlen, den Übergang eines Geschäftsanteils von der Erfüllung besonderer Voraussetzungen (zB einer Genehmigung) abhängig zu machen, damit gewährleistet ist, dass der neue Gesellschafter Gewähr für die Erfüllung aller mit dem Geschäftsanteil verbundenen Verpflichtungen bietet.

- 1299 Die **Haftung für die Erfüllung der Nebenleistungspflicht** bestimmt sich nach den allgemeinen Vorschriften für die Haftung auf Vertragserfüllung, insbesondere §§ 242 f., 323 f. BGB, §§ 347, 358 HGB. In der Satzung kann darüber hinaus für den Fall der Nichterfüllung Vertragsstrafe, Einziehung oder Kaduzierung vorgesehen werden<sup>1</sup>. Zu beachten bleibt aber, dass die Haftung nur für verschuldete Nichterfüllung eintritt. Ein Erlöschen kann im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden oder auch durch Unmöglichkeit der Erfüllung nach den allgemeinen Vorschriften eintreten. Nebenleistungen können außerdem mit Gegenleistungen der Gesellschaft verknüpft werden, wie es häufig bei Warenlieferungen und Dienstleistungen der Fall ist. Der Anspruch auf die Gegenleistung ist dann ein einfaches Gläubigerrecht, dessen Erfüllung solange keine verschleierte Rückgewähr von Stammkapital (§ 30 Abs. 1 Satz 1 und 2 Alt. 2 GmbHG) und steuerrechtlich keine verdeckte Gewinnausschüttung darstellt, wie die vereinbarte Vergütung nicht übermäßig hoch ist<sup>2</sup>.

1300–1301 Einstweilen frei.

### III. Wettbewerbsverbote

- 1302 Nach der Rspr. des BGH trifft den geschäftsführenden Gesellschafter, den Mehrheitsgesellschafter (50%ige Beteiligung reicht nicht aus)<sup>3</sup> sowie denjenigen Gesellschafter ein Wettbewerbsverbot, der aufgrund von Sonder-

1 *Czupka* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 3 Rz. 89; *Roth* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 3 Rz. 32.

2 *Czupka* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 3 Rz. 71.

3 OLG Karlsruhe v. 6.11.1998 – 15 U 179/97, GmbHR 1999, 539; einschränkend BGH v. 23.6.2009 – KZR 58/07, DStR 2009, 2547 (2549).

rechten Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft nehmen kann<sup>1</sup>. In diesen Fällen ist § 112 Abs. 1 HGB analog anzuwenden<sup>2</sup>.

Der für das Wettbewerbsverbot maßgebende Geschäftszweig der Gesellschaft wird grundsätzlich **durch den satzungsgemäßen Unternehmensgegenstand begrenzt**<sup>3</sup>, es sei denn, die Gesellschafter seien sich über eine Erweiterung der geschäftlichen Betätigung über den Unternehmensgegenstand hinaus einig geworden<sup>4</sup>. Auf der Grundlage der Geschäftschancenlehre wird das Wettbewerbsverbot darüber hinaus auf solche Aktivitätsbereiche erstreckt, die in der bisherigen Entwicklungslinie der Gesellschaft liegen oder auf die sie mit Blick auf ihre vorhandenen Ressourcen ihre Aktivitäten demnächst erstrecken könnte<sup>5</sup>. Innerhalb des Unternehmensgegenstands gilt das Wettbewerbsverbot nur für Geschäftsbereiche, in denen die Gesellschaft derzeit bereits tätig ist oder in denen sie jedenfalls jederzeit tätig werden kann<sup>6</sup>. Die sachliche Reichweite des Wettbewerbsverbotes ist beschränkt auf relevante Konkurrenzbetätigungen. Der Erwerb einer kapitalistischen Minderheitsbeteiligung an einem Konkurrenzunternehmen ohne Einfluss auf deren Geschäftsführung fällt nicht darunter<sup>7</sup>.

In der **Einpersonen-GmbH** unterliegt der Gesellschafter keinem Wettbewerbsverbot, da Mitgesellschafter fehlen und keine Treuepflicht besteht, und zwar auch dann, wenn der Alleingesellschafter Geschäftsführer ist<sup>8</sup>.

1 OLG Köln v. 22.2.1991 – 3 U 20/91, GmbHR 1991, 366 mwN; OLG Karlsruhe v. 6.11.1998 – 15 U 179/97, GmbHR 1999, 539; BGH v. 23.6.2009 – KZR 58/07, DStR 2009, 2547 (2549).

2 Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 14 Rz. 38; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 13 Rz. 46.

3 BGH v. 13.2.1995 – II ZR 225/93, GmbHR 1995, 296 (298); OLG Düsseldorf v. 3.11.2010 – I-3 Wx 231/10, BB 2011, 272 (274).

4 Haas in Röhrich/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 112 Rz. 6.

5 Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, Anh. § 6 Rz. 22; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 35 Rz. 41 f.

6 BGH v. 5.12.1983 – II ZR 242/82, BGHZ 89, 170 = GmbHR 1984, 203; Uwe H. Schneider in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 43 Rz. 163.

7 OLG Stuttgart v. 15.3.2017 – 14 U 3/14, GmbHR 2017, 913

8 Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 14 Rz. 38; Uwe H. Schneider in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 43 Rz. 161; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 35 Rz. 43; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 13 Rz. 48.



Dies erkennt auch der BFH an<sup>1</sup>, nimmt aber doch eine verdeckte Gewinnausschüttung an, wenn der Gesellschafter eine Geschäftschance der GmbH wahrnimmt<sup>2</sup>. Ein Wettbewerbsverbot entfällt auch in einer **Mehrpersonen-GmbH**, wenn die mehreren Gesellschafter in einer GbR verbunden sind und in dieser gemeinschaftlich und in Ausübung gleichgerichteter Interessen handeln<sup>3</sup>.

1305 Ein Wettbewerbsverbot auch des **Minderheitsgesellschafters** wird in der Literatur bei einer besonders personalistisch strukturierten GmbH für möglich gehalten<sup>4</sup>. Das ist aber streitig<sup>5</sup>. Richtigerweise stellt auch in solchen Gesellschaften nicht jede Wettbewerbstätigkeit des Minderheitsgesellschafters einen Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot dar<sup>6</sup>, es sei denn, es handelt sich um einen Gesellschafter-Geschäftsführer (s. Rz. I 2239 ff.).

1306 Unabhängig davon kann die **Treuepflicht** einem Minderheitsgesellschafter im Einzelfall auch sonst gebieten, Geschäftschancen der GmbH nicht zu ihrem Nachteil für sich selbst auszunutzen, vor allem wenn

- er von ihnen als Mitglied Kenntnis erlangt hat,
- sie an ihn in dieser Eigenschaft herangetragen worden oder
- sie für die GmbH von besonderer Bedeutung sind<sup>7</sup>.

Eine Geschäftschance ist zB der GmbH nicht zuzurechnen, wenn das Geschäft bereits vor Gründung der GmbH angebahnt wurde<sup>8</sup> oder wenn sie die sich ihr bietende Geschäftschance nach dem Maßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters nicht wahrnehmen musste

1 BFH v. 30.8.1995 – I R 155/94, GmbHR 1996, 58 (59) = ZIP 1995, 1890; BFH v. 12.10.1995 – I R 127/94, GmbHR 1996, 219.

2 Schmidt, GmbH-StB 1997, 188; Lieder in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 13 Rz. 267.

3 BFH v. 13.11.1996 – I R 149/94, GmbHR 1997, 315 (316).

4 Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 14 Rz. 38; Seibt in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 14 Rz. 113.

5 Dagegen Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 13 Rz. 50.

6 OLG Karlsruhe v. 6.11.1998 – 15 U 179/97, GmbHR 1999, 539 (540).

7 Seibt in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 14 Rz. 114; Lawall, NJW 1997, 1742 (1744).

8 FG München v. 10.2.1998 – 16 K 3583/95, GmbHR 1998, 748.

bzw. nicht wahrgenommen hätte<sup>1</sup>. Es genügt nicht, dass der Gesellschafter lediglich im Geschäftsbereich der GmbH tätig geworden ist<sup>2</sup>.

Wettbewerbsverbote können auch Gegenstand einer Nebenleistungspflicht sein<sup>3</sup>. Sie müssen dann den **Geschäftszweig**, für den sie gelten sollen, deutlich **erkennen** lassen und in ihren Grenzen **eindeutig bestimmt oder bestimmbar sein**. Es empfiehlt sich, im Gesellschaftsvertrag auch die **örtliche Begrenzung** des Wettbewerbsverbots zu regeln. Wettbewerb kann nicht nur durch eine Tätigkeit, sondern auch durch Unterstützung anderer betrieben werden, so dass auch die Beteiligung an Unternehmen anderer einbezogen werden muss. Allerdings sollte eine Beteiligung von mindestens 25 % vorausgesetzt werden<sup>4</sup>. Unerheblich ist, ob die zu beanstandenden Geschäfte im eigenen Namen oder im Namen einer von dem zuwider handelnden Gesellschafter gegründeten und von ihm geführten fremden GmbH getätigt werden, und dass der zuwiderhandelnde Gesellschafter als Geschäftsführer der fremden GmbH dieser zur Ausübung der Wettbewerbstätigkeit verpflichtet ist. In jedem Falle sollte im Gesellschaftsvertrag auch die **Dauer** des Wettbewerbsverbots geregelt werden. 1307

Grundsätzlich endet ein Wettbewerbsverbot mit dem Ausscheiden des betroffenen Gesellschafters oder – im Falle der Erklärung des Austritts – mit der Erklärung der Gesellschaft, sich gegen einen solchen Austritt nicht wehren zu wollen<sup>5</sup>. Das Wettbewerbsverbot kann aber durch die Satzung auch auf die Zeit nach Ausscheiden als Gesellschafter erstreckt werden<sup>6</sup>. Bezieht sich das Wettbewerbsverbot nur auf die Dauer der Zugehörigkeit zur Gesellschaft, so wäre es treuwidrig, wenn die Gesellschaft ihre Zustimmung zur Veräußerung eines Geschäftsanteils nur deshalb verweigern woll- 1308

1 BFH v. 13.11.1996 – I R 149/94, GmbHR 1997, 315 (316); BFH v. 12.6.1997 – I R 14/96, GmbHR 1997, 905.

2 BFH v. 13.11.1996 – I R 149/94, GmbHR 1997, 315.

3 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 3 Rz. 31; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 3 Rz. 43.

4 *Reichert/Winter* in FS 100 Jahre GmbHG, S. 209 (237 ff.).

5 BGH v. 30.11.2009 – II ZR 208/08, GmbHR 2010, 256 = ZIP 2010, 342 (326); dazu auch *Wilsing/Ogorek*, NZG 2010, 379 f.

6 Treuwidrig ist es aber, einen Gesellschafter der seinerseits einen wichtigen Grund hat aus der Gesellschaft auszuscheiden, an dem Wettbewerbsverbot festzuhalten; OLG Celle v. 24.9.2013 – 9 U 121/12, GWR 2014, 412; s. auch Reufels Rz. I 2482.

te, weil der Anteilseigner an diesem Wettbewerbsverbot festgehalten werden soll<sup>1</sup>.

- 1309 Die Vereinbarung einer Entschädigung für das nachvertragliche Wettbewerbsverbot mit dem Gesellschafter ist grundsätzlich nicht erforderlich. Anders kann dies sein, wenn der Gesellschafter zugleich Geschäftsführer ist und sein Amt zusammen mit der Gesellschafterstellung verliert. Zwar sind die §§ 74 ff. HGB nicht auf den GmbH-Geschäftsführer anwendbar, allerdings kann die entschädigungslose Vereinbarung eines Wettbewerbsverbotes nach § 138 BGB nichtig sein<sup>2</sup>. Im Falle einer fristlosen Kündigung wird der Ausschluss der Karenzentschädigung für zulässig gehalten<sup>3</sup>. Im Übrigen kann der Alleingesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH auch persönlich aus einem Wettbewerbsverbot verpflichtet sein, dass unmittelbar nur die GmbH selbst betrifft. Dies soll bei der Ein-Personen-GmbH für den Gesellschafter gelten, der allein das gewerbliche Handeln der Gesellschaft bestimmt<sup>4</sup>. Das Wettbewerbsverbot kann auch auf nahe Verwandte des ausgeschiedenen Gesellschafters ausgedehnt werden, also etwa auf den ursprünglich im Betrieb der Gesellschaft tätigen Sohn oder die im Unternehmen mitarbeitende Ehefrau. Diese müssen dann jedoch zustimmen.
- 1310 Statutarisch begründete **Wettbewerbsbeschränkungen rein kapitalistisch beteiligter Gesellschafter** sind nach § 1 GWB und § 138 BGB zu beurteilen<sup>5</sup>. Dabei setzt die Anwendung der Verbotsnorm des § 1 GWB voraus, dass die wettbewerbliche Bindung des Gesellschafters objektiv geeignet ist, die Marktverhältnisse spürbar zu beeinflussen. Eine statutarische Bestimmung, die es einem Gesellschafter verbietet, für während seiner Zeit als Gesellschafter und die Dauer einer bestimmten Zeit nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft zu ihr in Wettbewerb zu treten, ist nichtig (§ 138 BGB), wenn dieser Gesellschafter nicht mehrheitlich an der GmbH beteiligt ist und ihm bei einer Minderheitsbeteiligung auch durch Sonderrechte keine beherrschende Stellung vermittelt wird<sup>6</sup>. Sie kann auch nicht unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftlichen Treuepflicht gerechtfertigt

1 OLG Karlsruhe v. 25.4.1984 – 6 U 20/84, BB 1984, 2015.

2 BGH v. 7.7.2008 – II ZR 81/07, GmbHR 2008, 1032 = DStR 2008, 1842.

3 BGH v. 7.7.2008 – II ZR 81/07, GmbHR 2008, 1032 = DStR 2008, 1842.

4 BGH v. 30.11.2004 – X ZR 109/02, LMK 2005, 59 mit Anm. *Döser*.

5 Dazu *Weitnauer/Grob*, GWR 2014, 185; *Müller*, GmbHR 2014, 964; *Stöcker*, GWR 2015, 181.

6 BGH v. 23.6.2009 – KZR 58/07, DStR 2009, 2547 (2549).

werden, da allen Gesellschaftern mit rein kapitalistischer Beteiligung die Freiheit eigener konkurrierender Betätigung verbleiben muss, ohne dass damit die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses in Frage gestellt wird<sup>1</sup>. Eine Ausnahme hiervon macht der BGH, wenn der nicht mehrheitlich beteiligte Gesellschafter zwar keine Sonderrechte hat, aber in der Lage ist, wichtige strategische Entscheidungen zu blockieren<sup>2</sup>.

Auch wenn es sich um einen Gesellschafter-Geschäftsführer handelt, darf ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot den Verpflichteten **nicht übermäßig beschränken** sowie nach Ort, Zeit und Gegenstand nicht über die schutzwürdigen Interessen des begünstigten Unternehmens hinausgehen<sup>3</sup>. Eine gesellschaftsvertragliche Regelung, die ein entsprechendes Wettbewerbsverbot vorsieht, muss im Lichte von Art. 12 Abs. 1 GG ausgelegt werden<sup>4</sup>. Nach der Rspr. des BGH fallen wettbewerbsbeschränkende Teile der Satzung einer GmbH nur dann nicht unter das Verbot des § 1 GWB, wenn sie notwendig sind, um das Unternehmen in seinem Bestand und in seiner Funktionsfähigkeit zu schützen<sup>5</sup>. Bei der Beurteilung der zeitlichen Dauer eines Wettbewerbsverbots ist das schutzwürdige Interesse des Begünstigten an der Fernhaltung des Verpflichteten im Allgemeinen nur für einen Zeitraum anzuerkennen, in dem die in der Vertragszeit geschaffenen geschäftlichen Beziehungen noch fortwirken. Erfahrungsgemäß verflüchtigen sich diese Beziehungen nach gewisser Zeit, so dass das geschützte Unternehmen durch die Eröffnung eines Konkurrenzunternehmens des Verpflichteten keine wesentliche Einbuße mehr erfahren kann. Hier muss die Ausschaltung des Verpflichteten aus dem Tätigkeitsbereich des begünstigten Unternehmens grundsätzlich ihre zeitliche Grenze finden. Dabei wird eine Wettbewerbsbeschränkung **bis zu zwei Jahren** idR als angemessen angesehen<sup>6</sup>. Die Grundsätze für die rechtliche Beurteilung (nach-)vertraglicher Wettbewerbsbeschränkungen können weitgehend entsprechend herangezogen werden. Vgl. insoweit Rz. I 2482 ff.

1 OLG Karlsruhe v. 30.9.1986 – 8 U 127/86, GmbHR 1987, 309.

2 BGH v. 23.6.2009 – KZR 58/07, DStR 2009, 2547 (2549); *Wilde*, NZG 2010, 252 (253).

3 S. hierzu OLG Nürnberg v. 25.11.2009 – 12 U 681/09, GmbHR 2010, 141.

4 S. hierzu OLG Stuttgart v. 15.3.2017 – 14 U 3/14, GmbHR 2017, 913; *Sedlmaier/Riip-pel*, BB 2017, 1923; *Erb/Seulen*, DB 2017, 1502; *Baisch/Cardinale-Koc*, NJW 2016, 1914.

5 OLG Karlsruhe v. 6.11.1998 – 15 U 179/97, GmbHR 1999, 539 (540).

6 BGH v. 20.1.2015 – II ZR 369/13, GmbHR 2015, 308; *Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, Anh. § 6 Rz. 25.

- 1312 Ist im Gesellschaftsvertrag vorgesehen, dass die Gesellschafterversammlung für den Einzelfall Befreiung von einem statutarischen Wettbewerbsverbot erteilen kann (sog. **Öffnungsklausel**), so genügt für die Befreiung ein formloser Beschluss. Denn dadurch wird kein Sonderrecht des begünstigten Gesellschafters begründet. Ebenso wenig stellt dieser Vorgang eine Leistungsvermehrung auf Seiten der Mitgesellschafter dar. Es bedarf daher keiner Zustimmung der Mitgesellschafter. Es genügt vielmehr die einfache Mehrheit der Stimmen. Von der Abstimmung ausgeschlossen ist derjenige Gesellschafter, dem Befreiung erteilt werden soll<sup>1</sup>.
- 1313 Enthält ein statutarisches Wettbewerbsverbot **keine Öffnungsklausel**, so bedarf es für eine Befreiung einer Satzungsänderung<sup>2</sup>. Widerspricht die Minderheit, so ist ein Dispens durch Satzungsänderung nur im Interesse der Gesellschaft möglich<sup>3</sup>. In diesem Fall muss der Freigabeentschluss geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein<sup>4</sup>. Der Einhaltung der formellen Voraussetzungen einer Satzungsänderung bedarf es nicht, wenn das Wettbewerbsverbot an sich bestehen bleibt, dem Gesellschafter aber ein konkret umschriebenes Geschäft gestattet werden soll (sog. Satzungsdurchbrechung, s. Rz. I 420)<sup>5</sup>. Geht ein satzungsmäßiges Wettbewerbsverbot in Übereinstimmung mit § 112 Abs. 1 HGB lediglich dahin, dass Wettbewerbshandlungen ohne Einwilligung der anderen Gesellschafter verboten sind, so ist dies als Öffnungsklausel anzusehen. Das Wettbewerbsverbot entfällt im Fall der Einwilligung in Bezug auf die betreffende Wettbewerbshandlung. Die Einwilligung setzt in diesem Fall auch keinen förmlichen Beschluss der Gesellschafterversammlung voraus<sup>6</sup>. Im Fall der Kenntnis der Mitgesellschafter von der Wettbewerbssituation bei Aufnahme des Konkurrenten ist im Zweifel von Einverständnis auszugehen<sup>7</sup>.

1314–1315 Einstweilen frei.

1 BGH v. 16.2.1981 – II ZR 168/79, GmbHR 1981, 189 (190); *Timm*, GmbHR 1981, 177 (183); *Lieder* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 13 Rz. 281.

2 *Cziupka* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 3 Rz. 86.

3 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 14 Rz. 40.

4 *Lanvall*, NJW 1997, 1742 (1745); *Lieder* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 13 Rz. 284.

5 *Lieder* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 13 Rz. 279.

6 BFH v. 24.3.1998 – I R 93/96, GmbHR 1998, 946.

7 *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 13 Rz. 49.

## IV. Treuepflicht

Die Geltung einer gesellschaftlicher Treuepflicht in der GmbH ist heute 1316 allgemein anerkannt<sup>1</sup>. Diese Treuepflicht besteht nicht nur **gegenüber der Gesellschaft**, sondern umfasst auch das **Verhältnis zu den Mitgesellschaftern**<sup>2</sup>. Eine sog. personalistische Gestaltung der GmbH ist nicht Voraussetzung der Treuepflicht, beeinflusst aber ihren Umfang und ihre Intensität<sup>3</sup>. Die Treuepflicht wird im Grundsatz von der Auflösung der Gesellschaft nicht berührt, gilt daher auch – unter Berücksichtigung des geänderten Zwecks – für die Liquidationsgesellschaft<sup>4</sup>. Sie ist jedem Gesellschaftsverhältnis ohne ausdrückliche Regelung in der Satzung immanent<sup>5</sup>.

Bezugspunkt der Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft sind die **Interessen der GmbH**. Jeder Gesellschafter muss die Gesellschaft davor bewahren, deren Interessen durch sein Verhalten zu schädigen<sup>6</sup>. Die den GmbH-Gesellschaftern obliegende gesellschaftsrechtliche Treuepflicht beinhaltet also vor allem das Gebot zu redlichem und loyalen Verhalten, wie es von einem Gesellschafter aufgrund seiner Teilhabe an dem zur Verfolgung des in der Satzung festgelegten Zwecks bestehenden Gemeinschaftsverhältnis erwartet werden kann<sup>7</sup>. Der Gesellschafter darf die Gesellschaft nicht zu eigenem Nutzen schädigen<sup>8</sup>. Dabei braucht allerdings kein Gesellschafter die eigenen Interessen allgemein denen der Ge-

1 *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 14 Rz. 29; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rz. 20. Zur Frage, ob Treuepflichten im Gesellschaftsvertrag abbedungen werden können, siehe *Fleischer/Harzmeier*, NZG 2015, 1289.

2 *Seibt* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 14 Rz. 73; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rz. 20; *Dreher*, DStR 1993, 1632; BGH v. 11.12.2006 – II ZR 166/05, GmbHR 2007, 260 m. Komm. *Wackerbarth* = DStR 2007, 310; *Einhaus/Selter*, GmbHR 2016, 1177 (1178).

3 *Seibt* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 14 Rz. 76; *Dreher*, DStR 1993, 1632.

4 *Seibt* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 14 Rz. 109; *Dreher*, DStR 1993, 1632.

5 BGH v. 9.6.2015 – II ZR 420/13, NJW 2015, 2882 (2884); *Fleischer/Harzmeier*, NZG 2015, 1289 (1290).

6 *Dreher*, DStR 1993, 1632; *Lieder* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 13 Rz. 131.

7 OLG Düsseldorf v. 14.3.1996 – 6 U 119/94, GmbHR 1996, 689 (693); *Lieder* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 13 Rz. 131.

8 BGH v. 5.6.1975 – II ZR 23/74, BGHZ 65, 15 = GmbHR 1975, 269; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 14 Rz. 35; *Dreher*, DStR 1993, 1632 (1633).

sellschaft nachzuordnen<sup>1</sup>. Die Wirkungen der Treuepflicht sind vielmehr von einer **Abwägung** zwischen den Eigeninteressen der handelnden Gesellschafter und dem Gesellschaftsinteresse sowie den mitgliedschaftlichen Interessen anderer Gesellschafter abhängig<sup>2</sup>.

- 1318 Inhalt, Intensität und Tragweite der Treuepflicht hängen von den Umständen, insbesondere der Art und dem Gegenstand der ausgeübten Rechtsmacht, also vor allem davon ab, ob es im konkreten Fall um die Wahrnehmung eigen- oder fremdnütziger Mitgliedschaftsrechte geht<sup>3</sup>. Bei der **Ausübung sog. uneigennütziger (gemeinschaftsnütziger) Mitgliedschaftsrechte** besteht eine gesteigerte Treuepflicht<sup>4</sup>. Hierbei handelt es sich um Verwaltungsrechte, die die Geschäftsführung der Gesellschaft zum Gegenstand haben. Beschließt die Gesellschafterversammlung über eine Weisung in Geschäftsführungsangelegenheiten, haben die Gesellschaftsinteressen unbedingten Vorrang<sup>5</sup>. Die Gesellschaftermehrheit darf dabei insbesondere keine durch das Gesellschaftsinteresse sachlich nicht legitimierten Konzerninteressen und keine gesellschaftsfremden Sondervorteile für sich oder einen anderen zum Nachteil der Gesellschaft durchsetzen<sup>6</sup>. Zweckmäßigkeitserwägungen im Rahmen unternehmerischen Ermessens sind jedoch zulässig<sup>7</sup>. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung, die Geschäftsführungsmaßnahmen zum Gegenstand haben, unterliegen daher nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle<sup>8</sup>. Allerdings verstößt die Zustimmung eines Gesellschafters gegen die Treuepflicht, wenn die beschlos-

1 *Seibt* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 14 Rz. 81 f.; *Lieder* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 13 Rz. 132.

2 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rz. 23.

3 OLG Düsseldorf v. 14.3.1996 – 6 U 119/94, GmbHR 1996, 689 (693).

4 *Dreher*, DSStR 1993, 1632 (1633); *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rz. 26.

5 OLG Düsseldorf v. 14.3.1996 – 6 U 119/94, GmbHR 1996, 689 (693); *Dreher*, DSStR 1993, 1632 (1633); *Seibt* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 14 Rz. 92; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rz. 26.

6 *Seibt* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 14 Rz. 92; *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 13 Rz. 32.

7 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rz. 26.

8 OLG München v. 9.8.2012 – 23 U 4173/11, GmbHR 2012, 1075 (1077); OLG Düsseldorf v. 14.3.1996 – 6 U 119/94, GmbHR 1996, 689 (693); *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 47 Rz. 30.

sene Maßnahme aus objektiven Gründen im Interesse der Gesellschaft zu unterlassen ist<sup>1</sup>.

Die GmbH als juristische Person und Körperschaft ist nicht mit den Personengesellschaften vergleichbar. Wohl aber ist die Interessenlage vergleichbar, die auf die bestmögliche Erreichung des Gesellschaftszwecks ausgerichtet ist. Aus dieser Interessenlage leitet sich ein **ungeschriebenes Fördergebot** her, welches den Anteilseignern der GmbH auferlegt, die Erreichung des Gesellschaftszwecks zum Maßstab ihres Verhaltens zu machen<sup>2</sup>. Der Gesellschafter muss also an allen Maßnahmen mitwirken, die zur Erhaltung des in der Gesellschaft Geschaffenen und zur Erreichung ihres Zwecks dringend geboten sind<sup>3</sup>. Die Verletzung der Pflicht zur Mitwirkung und Förderung des Gesellschaftszwecks kann äußerstenfalls auch zur Ausschließung störender Gesellschafter führen<sup>4</sup>. Zur Anwendbarkeit der für die Publikumsgesellschaft entwickelten Grundsätze „Sanieren oder Ausscheiden“ auf die GmbH s. Rz. I 632.

Zu erwähnen ist die **Pflicht zu vertraulicher Behandlung gesellschafts-interner Informationen**, insbesondere im Zusammenhang mit dem Informationsrecht nach § 51a GmbHG<sup>5</sup>. Jeder Verstoß führt zu Unterlassungsansprüchen und bereits ein fahrlässiger Verstoß auch zu Schadensersatzansprüchen der GmbH<sup>6</sup>. Die Verschwiegenheitspflicht sollte tunlichst im Gesellschaftsvertrag geregelt werden (s. Teil V M 41, § 8 Abs. 4). Spiegelbildlich dazu wird aber auch eine aus der Treuepflicht folgende wechselseitige Informationspflicht der Gesellschafter anerkannt, soweit es sich um

1 OLG Brandenburg v. 5.1.2017 – 6 U 21/14, GmbHR 2017, 408 ff.

2 Lutter, ZHR 162 (1998), 164 (166, 167); *Lieder* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 13 Rz. 131.

3 Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 14 Rz. 33; insbesondere zur Stimpfpflicht im Falle der Zustimmung zu einer berechtigten Gehaltszahlung an den GmbH-Geschäftsführer vgl. BGH v. 11.12.2006 – II ZR 166/05, GmbHR 2007, 260 m. Komm. *Wackerbarth* = DStR 2007, 310 (311). Zur Zustimmungspflicht eines Gesellschafters zu Beschlussanträgen aufgrund der Treuepflicht siehe BGH v. 12.4.2016 – II ZR 275/14, GmbHR 2016, 759 sowie OLG München v. 23.6.2016 – 23 U 4531/15, GmbHR 2016, 925; bei Abberufung eines Geschäftsführers siehe OLG Hamm v. 25.7.2016 – I-8 U 160/15, GmbHR 2016, 1154.

4 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rz. 24, 30; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 14 Rz. 44; OLG Nürnberg v. 29.3.2000 – 12 U 33/00, GmbHR 2001, 108 (109).

5 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rz. 28.

6 Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 51a Rz. 46.



Vorgänge handelt, die die mitgliedschaftlichen Vermögensinteressen der anderen Gesellschafter betreffen<sup>1</sup>.

- 1321 Bei der **Ei**npersonen-GmbH kommt eine Treuepflicht des Gesellschafters nicht in Betracht, da Mitgesellschafter fehlen und gegenüber der Gesellschaft keine Treuepflicht besteht<sup>2</sup>. So hat der BGH entschieden, dass der alleinige Gesellschafter einer GmbH dieser grundsätzlich nicht wegen Treuepflichtverletzung Schadensersatz schuldet, wenn er der Gesellschaft Vermögen entzieht, das zur Deckung des Stammkapitals nicht benötigt wird<sup>3</sup>.
- 1322 Eine schuldhaft e Treuepflichtverletzung eines Gesellschafters kann einen **Schadensersatzanspruch** begründen. Die Schadensersatzpflicht besteht idR gegenüber der Gesellschaft. Einzelne Gesellschafter können jedoch Schadensersatz verlangen, wenn sie einen individuellen Schaden erlitten haben, der über den bei der Gesellschaft eintretenden Schaden hinausgeht, wie etwa Steuernachteile<sup>4</sup>. In diesen Fällen richtet sich der Schadensersatzanspruch des Gesellschafters jedoch regelmäßig gegen die Gesellschaft wegen Verletzung der auch ihr im Verhältnis zu ihren einzelnen Gesellschaftern obliegenden Treuepflicht, die Schadensersatzansprüche des dadurch in seinen Vermögenswerten Interessen geschädigten Gesellschafters gegen die Gesellschaft auslösen kann<sup>5</sup>. Keinen Schadensersatz kann der Gesellschafter verlangen, der sich im Zusammenhang mit der geltend gemachten Pflichtverletzung des anderen Gesellschafters selbst eine Treuepflichtverletzung vorwerfen lassen muss<sup>6</sup>.
- 1323 Deckt sich der Schaden der Gesellschafter mit dem der Gesellschaft, haben sie also nur einen **Reflexschaden** erlitten, so stehen Ersatzansprüche nur der Gesellschaft zu. Sie sind von den Geschäftsführern geltend zu machen.

1 BGH v. 11.12.2006 – II ZR 166/05, GmbHR 2007, 260 m. Komm. *Wackerbarth* = DSr 2007, 310.

2 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rz. 20; für Wettbewerbsverbot *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 14 Rz. 38.

3 BGH v. 10.5.1993 – II ZR 74/92, GmbHR 1993, 427; BGH v. 21.6.1999 – II ZR 47/98, GmbHR 1999, 921 = ZIP 1999, 1352; BGH v. 31.1.2000 – II ZR 189/99, GmbHR 2000, 330 = ZIP 2000, 493.

4 *Dreher*, DSr 1992, 1632 (1636); *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 13 Rz. 30.

5 BGH v. 30.9.1991 – II ZR 208/90, GmbHR 1992, 104 (105).

6 BGH v. 11.12.2007 – II ZR 166/05, GmbHR 2007, 260 m. Komm. *Wackerbarth* = DSr 2007, 310 (311).

Der Gesellschafter, der nicht selbst Geschäftsführer ist, kann im Übrigen nur ausnahmsweise selbst auf Ausgleich des Schadens durch Leistung an die Gesellschaft klagen (**actio pro socio**)<sup>1</sup>. IdR muss zunächst die Möglichkeit ausgeschöpft werden, über die Gesellschaft zu klagen<sup>2</sup>. Es bedarf dazu nach § 46 Nr. 8 GmbHG eines vorherigen Gesellschafterbeschlusses<sup>3</sup>. Dies gilt auch dann, wenn der Schadensersatzanspruch sowohl auf § 43 Abs. 2 GmbHG als auch auf die Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht gestützt wird<sup>4</sup>. Auch gegen Gesellschafter, die nicht Geschäftsführer sind, können Ansprüche aus ihrer Geschäftsführungstätigkeit wegen schuldhafter Verletzung der Treuepflicht bei der Stimmrechtsausübung erwachsen<sup>5</sup>. Auch in diesem Fall ist ein vorgängiger Gesellschafterbeschluss erforderlich.

Die **Entscheidung der Mehrheit, auf die Geltendmachung von Ersatzansprüchen zu verzichten**, kann durchaus sachgerecht sein, insbesondere um einen qualifizierten Geschäftsführer zu halten oder bei einer personalistischen GmbH den Zusammenhalt der Gesellschafter nicht zu stören. Bezweifelt der Minderheitsgesellschafter dies, muss er den ablehnenden Beschluss anfechten und den Beschluss zur Geltendmachung feststellen lassen<sup>6</sup>. Der Mehrheitsgesellschafter ist nach § 47 Abs. 4 GmbHG vom Stimmrecht ausgeschlossen, wenn sich der Ersatzanspruch gegen ihn richtet. Lediglich in der zweigliedrigen GmbH, in der sich der Ersatzanspruch gegen einen der Gesellschafter richtet, wäre das Beschlusserfordernis nicht sinnvoll. Hier kann der andere Gesellschafter unmittelbar den Ersatzanspruch geltend machen<sup>7</sup>. 1324

Für den Schadensersatzanspruch wegen einer Verletzung der gesellschaftlichen Treuepflicht gilt die regelmäßige **Verjährungsfrist** von 3 Jahren 1325

1 OLG Düsseldorf v. 14.3.1996 – 6 U 119/94, GmbHR 1996, 689 (695); *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 14 Rz. 44; *Kowalski*, ZIP 1995, 1315 (1316).

2 OLG Koblenz v. 8.4.2010 – 6 U 807/09, GmbHR 2010, 1043.

3 OLG Köln v. 5.11.1992 – 18 U 50/92, GmbHR 1993, 816; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 46 Rz. 161; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 46 Rz. 57, 60.

4 *Kowalski*, ZIP 1995, 1315 (1316).

5 *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 46 Rz. 58.

6 OLG Köln v. 5.11.1992 – 18 U 50/92, GmbHR 1993, 816; *Kowalski*, ZIP 1995, 1315 (1316).

7 *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 46 Rz. 161; *Kowalski*, ZIP 1995, 1315 (1316 mwN).

(§ 195 BGB). Dies gilt auch dann, wenn dieser Schadensersatzanspruch mit einem solchen wegen Verletzung der Geschäftsführerpflichten konkurriert. Die Verjährungsfrist des § 43 Abs. 4 GmbHG (5 Jahre) kommt in diesem Fall also nicht zum Tragen<sup>1</sup>. Von Bedeutung ist in diesen Fällen aber die zehnjährige Verjährungsfrist nach § 199 Abs. 3 Nr. 1 BGB<sup>2</sup>.

1326–1339 Einstweilen frei.

## C. Austritt und Ausschluss eines Gesellschafters

### I. Austritt

#### 1. Der Austritt aufgrund statutarischer Bestimmung

- 1340 Das Gesetz sieht kein Austrittsrecht des GmbH-Gesellschafters vor. Der Grund dafür ist, dass der austrittswillige Gesellschafter seinen Geschäftsanteil veräußern kann (§ 15 Abs. 1 GmbHG). Diese Erwägung trifft aber im Fall der Vinkulierung (s. Rz. I 991) nicht zu. Deshalb bedarf es in diesem Fall des Ventils eines statutarischen Austrittsrechts (s. das Muster-Austrittsschreiben in Teil V M 221 ff.).
- 1341 Rechtstechnisch wird ein statutarisches Austrittsrecht als Kündigungsrecht gestaltet mit der Folge, dass der Geschäftsanteil entweder von der Gesellschaft übernommen oder eingezogen wird oder die Gesellschaft einen (dritten) Erwerber benennen darf<sup>3</sup>. Bei der **Erwerbsvariante** ist die Verpflichtung zur Bildung einer Rücklage für eigene Anteile nach § 33 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zu beachten. Bei der **Einziehungsvariante** räumt der Gesellschaftsvertrag dem Gesellschafter gegenüber der GmbH ein Recht auf Einziehung ein<sup>4</sup>. Hierbei handelt es sich auf der Seite des Gesellschafters um eine Einziehung mit Zustimmung, auf der Seite der Gesellschaft da-

1 BGH v. 14.9.1998 – II ZR 175/97, GmbHR 1999, 186; *Lieder* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 13 Rz. 208.

2 *Schockenhoff/Fiege*, ZIP 2002, 917 (924); *Lieder* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 13 Rz. 208.

3 So etwa OLG Koblenz v. 8.6.2005 – 6 W 203/05, GmbHR 2005, 1568 = NZG 2006, 66; wirkt die Gesellschaft nicht auf die Einziehung hin und benennt sie auch keinen übernahmebereiten Dritten, so kann der austretende Gesellschafter nach OLG Koblenz, aaO, nicht (sogleich) die Auflösung der GmbH verlangen, sondern muss zunächst auf Einziehung oder die Benennung eines Dritten klagen.

4 *H. P. Westermann* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 34 Rz. 7 ff.

gegen um eine Zwangseinziehung<sup>1</sup>. Die Abfindung des Gesellschafters muss in diesem Falle aus dem nicht nach § 30 Abs. 1 GmbHG gebundenen Vermögen der Gesellschaft aufgebracht werden<sup>2</sup>. Zur Einziehung im Übrigen s. Rz. I 1123 ff.

Zu einem statutarischen Austrittsrecht gehört unbedingt eine Regelung der vom austretenden Gesellschafter zu beanspruchenden **Abfindung**. Zum Einziehungsentgelt s. Rz. I 1135. Handelt es sich um einen freiwilligen Austritt, so kann man vereinbaren, dass der Austrittswillige Abstriche vom betriebswirtschaftlich ermittelten Unternehmenswert hinzunehmen hat. Dies ist der Preis dafür, dass er seine Beitrittsentscheidung korrigieren kann. Außerdem macht eine solche Regelung den Kapitalabfluss für die Gesellschaft erträglicher und erleichtert es der Gesellschaft, den Geschäftsanteil zum Einstandspreis wieder auszugeben.

Einstweilen frei.

1343–1345

## 2. Der Austritt ohne statutarische Bestimmung

Dem Gesellschafter einer GmbH steht auch ohne entsprechende Satzungsregelung das Recht zu, bei **Vorliegen eines wichtigen Grundes** aus der Gesellschaft auszutreten<sup>3</sup>. Dieses Recht gehört als Grundprinzip des Verbandsrechts zu den unverzichtbaren Mitgliedschaftsrechten. Es kann dann geltend gemacht werden, wenn Umstände vorliegen, die dem austrittswilligen Gesellschafter den weiteren Verbleib in der Gesellschaft unzumutbar machen. Dies gilt sowohl für die personalistische GmbH als auch für die kapitalistische GmbH. Streitig ist, ob das Austrittsrecht nur besteht, wenn die Satzung die Übertragung ausschließt oder einschränkt und eine erforderliche Genehmigung nicht erteilt wird bzw. der Anteil unverkäuflich ist, weil es sich um eine Nebenleistungsgesellschaft handelt, oder es genügt, dass die Veräußerung aus tatsächlichen Gründen aussichtslos ist<sup>4</sup>. Das Austrittsrecht aus wichtigem Grund kann nicht durch strengere Maßstäbe im

<sup>1</sup> *Altmeyden* in Roth/Altmeyden, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 34 Rz. 88.

<sup>2</sup> *Fastrich* in Baumbach/Hueck, 21. Aufl. 2017, § 34 Rz. 12.

<sup>3</sup> Allg. Auffassung, vgl. BGH v. 16.12.1991 – II ZR 58/91, GmbHR 1992, 257 (260); BGH v. 18.2.2014 – II ZR 174/11, GmbHR 2014, 534; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, Anh. § 34 Rz. 18 mwN.

<sup>4</sup> *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, Anh. § 34 Rz. 18.

Gesellschaftsvertrag faktisch abgeschafft werden<sup>1</sup>. Der Gesellschaftsvertrag kann jedoch Höhe, Berechnung, Leistung und Zahlungsweise der Abfindung im Einzelnen regeln, Formerfordernisse vorschreiben und das Ruhen von Rechten und/oder Pflichten der Mitgliedschaft anordnen. Unabhängig vom Vorliegen eines wichtigen Grundes kann ein Gesellschafter wirksam aus der Gesellschaft austreten, wenn die Gesellschaft den Austritt annimmt<sup>2</sup>.

- 1347 Die **Unzumutbarkeit des weiteren Verbleibs in der Gesellschaft** muss sich nicht aus den Verhältnissen der Gesellschaft ergeben. Sie kann sich auch aus dem persönlichen Bereich des Gesellschafters ergeben, sofern eine sachliche Beziehung zur Gesellschaft besteht. Als Fälle der Unzumutbarkeit sind anerkannt grundlegende Umgestaltungen des Gesellschaftsverhältnisses, eine Vergrößerung des Haftungsrisikos aus § 24 GmbHG durch Kapitalerhöhung, die Verweigerung einer möglichen Gewinnausschüttung („Aushungern“ der Minderheit)<sup>3</sup> sowie Verletzung schutzwürdiger Belange des Gesellschafters durch Missbrauch einer Mehrheitsmacht<sup>4</sup>, aber auch ein schwerwiegendes persönliches Zerwürfnis der Gesellschafter<sup>5</sup>.
- 1348 Voraussetzung ist, dass der Austritt als **einziges Mittel** verbleibt, um eine für den austrittswilligen Gesellschafter unzumutbare Situation zu beheben. Zudem ist der Austritt auch gegenüber der Veräußerung des Geschäftsanteils subsidiär: Wenn der Gesellschafter seinen Geschäftsanteil – wenn auch mit erheblichen finanziellen Einbußen – verkaufen kann, kommt der Austritt nicht in Betracht.
- 1349 Ein Austrittsrecht kann aber gegeben sein, wenn eine beabsichtigte **Veräußerung des Geschäftsanteils nicht gelingt, weil** die nach dem Gesellschaftsvertrag erforderliche **Zustimmung der Gesellschaft wiederholt versagt** wird<sup>6</sup>. Dieser Tatbestand begründet aber nicht ohne weiteres das Austrittsrecht. Sonst würde § 15 Abs. 5 GmbHG unterlaufen. Es ist viel-

1 BGH v. 18.2.2014 – II ZR 174/11, GmbHR 2014, 534; *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 71. Aufl. 2017, Anh. § 34 Rz. 27.

2 BGH v. 18.2.2014 – II ZR 174/11, GmbHR 2014, 534; dazu *Schodder*, EWiR 2014, 581; *Froehner*, GWR 2014, 215; *Höpfner*, MittBayNot 2015, 421.

3 BGH v. 28.4.1997 – II ZR 162/96, DStR 1997, 1336.

4 *Seibt* in Scholz, GmbHG, 72. Aufl. 2018, Anh. § 34 Rz. 13; *Sosnitzka* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, Anh. § 34 Rz. 10.

5 BGH v. 24.9.2013 – II ZR 216/11, GmbHR 2013, 1315 für den Fall der Einziehung.

6 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 71. Aufl. 2017, § 34 Anh. Rz. 18.

mehr eine Interessenabwägung vorzunehmen. Ein berechtigtes Interesse auf Seiten der Gesellschaft ist sicherlich, der GmbH den Charakter einer Familiengesellschaft zu erhalten<sup>1</sup>. Dieses Interesse muss sich jedenfalls ein Familiengesellschafter entgegenhalten lassen. Auf der anderen Seite ist in diesem Fall akute Geldnot, vor allem unverschuldete, zu berücksichtigen, insbesondere ein durch Erbschaftsteuerschulden verursachter Liquiditätsengpass. Die Situation kann so sein, dass die Veräußerung an Familienfremde nur um den Preis eines Austrittsrechts mit dem unvermeidbaren Kapitalabfluss aus der Gesellschaft verweigert werden kann. Im Übrigen besteht ein Austrittsgrund, wenn die Versagung des Einverständnisses aus völlig sachfremden Gründen erfolgt, den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, gänzlich unverhältnismäßig oder in sonstiger Weise treuwidrig ist<sup>2</sup>.

Für ein Recht auf Austritt aus der Gesellschaft reicht es dagegen nicht aus, 1350 dass der Abtretung lediglich **mangelndes Interesse Dritter am Erwerb des Geschäftsanteils** entgegensteht, da jeder Gesellschafter das Risiko mangelnder wirtschaftlicher Verwertbarkeit seines Anteils selbst zu tragen hat. Umgekehrt sind der statutarischen Einschränkung der Anteilsveräußerung dauernde oder für längere Zeit regelmäßig wiederkehrende Nebenleistungspflichten gleich zu erachten, wenn ihre Erfüllung unzumutbar geworden ist.

### 3. Wirkung des Austritts

Die Wirkung des Austritts setzt ein **mit dem Zugang der Austrittserklärung** 1351 bei der Gesellschaft. Damit erwirbt der Gesellschafter einen Anspruch auf Abfindung. Der Austrittswillige bleibt aber noch Gesellschafter, solange nicht seine Geschäftsanteile entweder eingezogen oder an die Gesellschaft oder einen Dritten übertragen worden sind<sup>3</sup>. Der Gesellschaftsvertrag kann aber eine durch den Austritt eines Gesellschafters aufschiebend bedingte Abtretung des Geschäftsanteils vorsehen, so dass der Austrittswillige bereits mit dem Zugang der Austrittserklärung ausscheidet<sup>4</sup>.

1 So der BGH sogar bei der AG: BGH v. 1.12.1986 – II ZR 287/85, WM 1987, 174 (175).

2 *Sosnütz* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, Anh. § 34 Rz. 53.

3 Zur Klagebefugnis des ausgeschiedenen Gesellschafters s. OLG Düsseldorf v. 10.3.2016 – I-6 U 89/15, GmbHR 2016, 2471.

4 BGH v. 30.6.2003 – II ZR 326/01, GmbHR 2003, 1062 (1064) m. Komm. *Blöse/Kleinert*.

- 1352 Streitig ist, ob nach dem Austritt die **Mitgliedschaftsrechte aus dem Geschäftsanteil bis zur Einziehung oder Abtretung ruhen**. Bei der Entscheidung hierüber ist zu bedenken, dass der austrittswillige Gesellschafter auch noch nach Abgabe der Austrittserklärung daran interessiert sein kann, zB sein Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung auszuüben. Er bleibt mindestens vermögensrechtlich mit der Gesellschaft verbunden und an Entscheidungen, die sich auf ihre wirtschaftliche Entwicklung auswirken können, mindestens so lange interessiert, bis er die ihm zustehende Abfindung erhalten hat. Dies gilt namentlich für den Fall, dass die Gesellschaft den Geschäftsanteil des kündigenden Gesellschafters einziehen will, aber auch im Falle der Übernahme durch einen nicht sehr zahlungskräftigen Mitgesellschafter. Sein Stimmrecht ruht daher nur dann bis zur Abwicklung seiner Mitgliedschaft, wenn die Satzung dies vorsieht (s. Rz. I 1117 für den Fall der Einziehung). Allerdings kann die Satzung darüber hinaus vorsehen, dass der kündigende Gesellschafter schon vor der Zahlung der Abfindung vollständig aus der Gesellschaft ausscheidet<sup>1</sup>.
- 1353 Die Gesellschafterstellung des austretenden Gesellschafters hat sich, wenn er zunächst bis zur Zahlung der Abfindung Gesellschafter bleibt, mit der Austrittserklärung dergestalt gewandelt, dass seine Pflichten auf einen Beitrag zur Erhaltung der Gesellschaft und seine Rechte auf die **Wahrung seiner vermögensrechtlichen Belange** reduziert worden sind. Der kündigende Gesellschafter missbraucht daher sein Stimmrecht, wenn er in dieser Zeit ohne triftigen Grund einer von den anderen Gesellschaftern vorgeschlagenen Maßnahme widerspricht, die seine Vermögensinteressen weder unmittelbar noch mittelbar beeinträchtigen kann<sup>2</sup>.
- 1354 Kündigt ein Gesellschafter das Gesellschaftsverhältnis mit der im Gesellschaftsvertrag vorgesehenen Folge seines Ausscheidens, dann ist er ab Zugang der Kündigungserklärung bei der Gesellschaft an diese Erklärung **gebunden**. Der ausscheidende Gesellschafter kann dann einseitig weder bewirken, dass er doch in der Gesellschaft bleibt, noch, dass er wieder in sie aufgenommen wird.

1 Nach BGH v. 30.6.2003 – II ZR 326/01, GmbHR 2003, 1062 m. Komm. *Blöse/Kleinert* = NJW-RR 2003, 1265 (1266) soll dies sogar gelten, wenn der Gesellschafter gegen seinen Willen aus der Gesellschaft ausgeschlossen wird; zustimmend *Löwe/Thofß*, NZG 2003, 1005 (1006).

2 BGH v. 26.10.1983 – II ZR 87/83, GmbHR 1984, 93 (95).

Die Austrittserklärung des Austrittsberechtigten hat zur Folge, dass die Gesellschaft berechtigt und verpflichtet wird, gegen Abfindung des Gesellschafters nach ihrer Wahl entweder seinen Geschäftsanteil einzuziehen oder dessen Abtretung an sich oder an einen von ihr zu benennenden Dritten zu verlangen. Der Gesellschaftsvertrag kann auch einen anderen Weg der Vollziehung zulassen oder vorschreiben. Entscheidet sich die Gesellschaft für die **Einziehung**, so kann diese im Fall des Austritts aus wichtigem Grund vollzogen werden, ohne dass sie im Gesellschaftsvertrag zugelassen sein müsste, setzt aber ebenso wie die **Abtretung an die Gesellschaft** Volleinzahlung der Stammeinlage und Leistung der Abfindung an den Austretenden aus dem über das Stammkapital hinaus vorhandenen Vermögen voraus. Im Falle der Einziehung stellt sich aufgrund § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG die Frage, welche Folgen die Einziehung für das Stammkapital bzw. die Nennbeträge der verbleibenden Geschäftsanteile haben soll. Die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile muss stets mit dem Stammkapital übereinstimmen<sup>1</sup>. Ein Einziehungsbeschluss, der dies nicht beachtet, ist aber weder nichtig noch anfechtbar<sup>2</sup>. Vgl. Rz. I 1150. 1355

Der austretende Gesellschafter hat einen **Anspruch auf Abfindung**, der statutarisch nicht ausgeschlossen werden kann und für den die Gesellschaft auch im Falle der Übertragung des Geschäftsanteils auf einen Dritten haftet. Der Abfindungsbetrag ist entsprechend dem vollen wirtschaftlichen Wert (Verkehrswert) des Geschäftsanteils im Zeitpunkt des Zugangs der Austrittserklärung zu berechnen, soweit nicht der Gesellschaftsvertrag eine abweichende Abfindungsklausel enthält<sup>3</sup>. Zu zulässigen Abfindungsbeschränkungen s. Rz. I 1114, Rz. I 1135. **Vorsicht:** Im Falle des Austritts aus wichtigem Grund ist eine gesellschaftsvertragliche Abfindungsbeschränkung unwirksam, soweit sie die Freiheit zum Austritt unvertretbar stark beschränkt<sup>4</sup>. Stellt sich nach der Einziehung des Geschäftsanteils oder seiner Übertragung heraus, dass die Abfindung nur aus gebundenem Ver- 1356

1 Hierzu *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 5 Rz. 9; *Meyer*, NZG 2009, 1201.

2 BGH v. 2.12.2014 – II ZR 322/13, GmbHR 2015, 416.

3 *Goette*, DStR 2001, 533 (541); *Sosnitzka* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, Anh. § 34 Rz. 33.

4 *Lutter/Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 34 Rz. 86, 90; *Seibt* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, Anh. § 34 Rz. 24; BGH v. 16.12.1991 – II ZR 58/91, GmbHR 1992, 257.



mögen erbracht werden kann, so hat der ausgeschiedene Gesellschafter ein Recht auf Auflösung der Gesellschaft<sup>1</sup>.

## II. Ausschluss

### 1. Der Ausschluss aufgrund statutarischer Bestimmung

- 1357 Wann und unter welchen Voraussetzungen der Ausschluss eines Gesellschafters aus der Gesellschaft zulässig ist, muss regelmäßig dem **Gesellschaftsvertrag** entnommen werden. Er hat konkret die Ausschließungsgründe zu bezeichnen<sup>2</sup>. Im Einzelnen gilt, was unter Rz. I 1125, Rz. I 1128 über die notwendige Konkretisierung von Einziehungs Voraussetzungen im Gesellschaftsvertrag ausgeführt ist. Eine nachträgliche Erweiterung der in der Satzung enthaltenen Ausschließungsgründe bedarf der Zustimmung aller Gesellschafter<sup>3</sup>. Ausnahmsweise ist eine Ausschlussklausel ohne Festlegung konkreter Gründe zulässig, wenn eine solche Ausschlussklausel wegen besonderer Umstände sachlich gerechtfertigt ist<sup>4</sup>.
- 1358 Es ist gefestigte Rspr., dass der Gesellschaftsvertrag die Ausschließung der **Gesellschafterversammlung** übertragen darf<sup>5</sup>. Dies gilt nach der Rspr. auch für den Fall, dass die bestehende Gesellschaft lediglich zwei Gesellschafter hat<sup>6</sup>. Der Ausschließungsbeschluss bedarf im Fall einer satzungsmäßigen Ausschlussklausel mit konkreter Bezeichnung der Ausschließungsgründe ebenso wie der Gesellschafterbeschluss über die Zwangseinziehung eines Geschäftsanteils lediglich der einfachen Mehrheit<sup>7</sup>.
- 1359 Will der betroffene Gesellschafter geltend machen, dass kein wichtiger Grund für die Ausschließung vorgelegen habe, so muss er rechtzeitig **Anfechtungsklage** erheben. Hingegen ist ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Ziel, den ausgeschlossenen Gesellschafter (wieder) wie einen Gesellschafter zu behandeln (meistens) nicht statthaft,

1 Grunewald, GmbHR 1991, 185.

2 Zur Gestaltung der Satzung s. Hackel, GmbHR 2016, 44.

3 Goette, DStR 2001, 533 (535).

4 BGH v. 9.7.1990 – II ZR 194/89, GmbHR 1990, 449 (450).

5 BGH v. 10.6.1991 – II ZR 234/89, GmbHR 1991, 362; OLG Oldenburg v. 21.5.1992 – 1 U 13/92, GmbHR 1992, 667; BayObLG v. 1.7.1993 – 3 Z BR 96/93, GmbHR 1993, 741 (742); OLG Brandenburg v. 15.10.1997 – 7 U 56/95, GmbHR 1998, 193 (194).

6 BGH v. 25.1.1960 – II ZR 22/59, GmbHR 1960, 85.

7 BGH v. 13.1.2003 – II ZR 227/00, GmbHR 2003, 351 (352).

da eine solche gerichtliche Entscheidung die Hauptsache vorweg nehmen würde<sup>1</sup>. Beschließt die Gesellschafterversammlung dagegen den Ausschluss eines Gesellschafters, ohne dass sie dies nach dem Gesellschaftsvertrag hätte tun dürfen, so ist der **Beschluss nichtig**<sup>2</sup>. Die Gesellschaft kann sich dann nicht darauf berufen, dass nach dem Gesellschaftsvertrag die Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses nur innerhalb einer bestimmten Frist geltend gemacht werden kann. Enthält der Ausschlussbeschluss zugleich eine Festsetzung des Abfindungsentgelts und erweist sich der Betrag als zu niedrig, so wird dadurch die Wirksamkeit der Ausschluss nicht berührt<sup>3</sup>.

Der Ausschluss eines Gesellschafters durch Gesellschafterbeschluss ist nur dann zulässig, wenn dem Betroffenen ausreichend **Gelegenheit** gegeben wird, zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen **Stellung zu nehmen**. Dies setzt zunächst einmal zwingend voraus, dass dem Betroffenen mitgeteilt wird, was genau ihm zur Last gelegt werden soll<sup>4</sup>. Haben ein tiefgreifendes Zerwürfnis mehrere Gesellschafter verursacht, so ist Voraussetzung für einen Ausschluss, dass der davon betroffene Gesellschafter das Zerwürfnis überwiegend verursacht hat<sup>5</sup>.

Der Gesellschafterbeschluss auf Ausschluss bewirkt für sich allein noch nicht das Ausscheiden eines Gesellschafters. Er bedarf vielmehr der Durchführung<sup>6</sup>. Häufigstes Mittel, einen Gesellschafter kraft Satzungsbestimmung auszuschließen, ist die **Einziehung seines Geschäftsanteils** nach § 34 GmbHG<sup>7</sup>. Beachte: Ohne Ausschlussbeschluss ist die Einziehung nur unter den Voraussetzungen des § 34 Abs. 1 und 2 GmbHG

1 OLG Thüringen v. 24.8.2016 – 2 U 168/16, GmbHR 2017, 416 ff.; Ausnahme: die Ausschluss ist mit hoher Wahrscheinlichkeit unwirksam.

2 OLG Stuttgart v. 10.2.2014 – 14 U 40/13, GmbHR 2015, 431; *Schubknecht*, GWR 2015, 78.

3 BGH v. 9.7.1990 – II ZR 194/89, GmbHR 1990, 449 (451); in diese Richtung auch BGH v. 24.1.2012 – II ZR 109/11, GmbHR 2012, 387, wonach ein Einziehungsbeschluss nicht erst mit Zahlung der Abfindung wirksam wird (s. Rz. I 1361).

4 OLG München v. 12.11.1997 – 7 U 2929/97, GmbHR 1998, 332 (333) = EWiR § 34 GmbHG 1/98, 421 (*Weipert*).

5 BGH v. 24.9.2013 – II ZR 216/11, GmbHR 2013, 1315; es bleibt das Geheimnis des Senates, wie man das im Zweifelsfall feststellen soll.

6 *Goette*, DSfR 2001, 533 (539 f.).

7 Dazu *Zeilinger*, GmbHR 2002, 772.

zulässig<sup>1</sup>. Möglich sind aber auch andere Gestaltungen des statutarischen Rechts auf Ausschließung, so zB die **Kaduzierung** eines Anteils mit der Maßgabe, dass die Gesellschaft den kaduzierten Anteil an Mitgesellschafter oder Dritte abtreten kann. Der Gesellschaftsvertrag kann sogar den Gesellschaftern das Recht zuerkennen, die **Abtretung ohne vorherige Kaduzierung** zu verlangen<sup>2</sup>.

- 1362 Der vom Ausschluss betroffene Gesellschafter wirkt nach einhelliger Auffassung bei der Beschlussfassung über seine Ausschließung nicht mit. Er ist Betroffener iS von § 47 Abs. 4 GmbHG und **von der Abstimmung ausgeschlossen**, weil er nicht Richter in eigener Sache sein kann<sup>3</sup>. Soll über den **Ausschluss mehrerer Gesellschafter** abgestimmt werden, so ist ein betroffener Gesellschafter von der Abstimmung über den Ausschluss eines anderen Gesellschafters nur dann ausgeschlossen, wenn die mehreren Betroffenen aufgrund eines einheitlichen Vorgangs ausgeschlossen werden sollen<sup>4</sup>, oder wie es auch formuliert wird, wenn ein sachlicher Zusammenhang zwischen den Ausschließungstatbeständen besteht, insbesondere, wenn der Ausschließungsgrund in einem gemeinschaftlichen Tun oder Unterlassen besteht<sup>5</sup>. Fehlt es an diesem Zusammenhang, so bedarf es für den Ausschluss mehrerer Gesellschafter getrennter Beschlussfassungen, bei denen wechselseitige Stimmverbote praktiziert werden. Die mehreren Gesellschafter können zwar durch wechselseitige Ablehnung der Ausschließung des jeweils anderen Gesellschafters Ausschließungen verhindern, aber nur so wird den zu Unrecht ausschließungsbedrohten Gesellschaftern die Verhinderung des eigenen Ausschlusses ermöglicht und ihr Einfluss auf die Entscheidung über die Ausschließung der betroffenen Gesellschafter gesichert<sup>6</sup>.

1 BGH v. 17.9.2001 – II ZR 245/99, DSzR 2001, 1898.

2 BGH v. 20.6.1983 – II ZR 237/82, GmbHR 1984, 74.

3 *Tschernig*, GmbHR 1999, 691 (695): zumindest dann, wenn der Gesellschafter aus wichtigem Grund ausgeschlossen werden soll.

4 *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 47 Rz. 134 (für den Entlastungsbeschluss).

5 BGH v. 4.5.2009 – II ZR 168/07, GmbHR 2009, 1330; zur Problematik der Zuweisung von Verursachungsbeiträgen bei mehrseitigem Zerwürfnis s. Rz. I 1360; *K. Schmidt* in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 47 Rz. 139.

6 *Kulka*, Die gleichzeitige Ausschließung mehrerer Gesellschafter aus Personengesellschaften und GmbH, 1983, S. 63 und 225.

Kommt ein Ausschließungsbeschluss nicht zustande, obwohl die Ausschließung nach der Lage des Falles hätte beschlossen werden müssen, so haben die Befürworter der Ausschließung das Recht, entweder aus der Gesellschaft wegen Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses auszutreten oder die Auflösung und Liquidation der Gesellschaft zu betreiben<sup>1</sup>. 1363

Unbedingt zu empfehlen ist ebenso wie beim statutarischen Austrittsrecht, die **Höhe der Abfindung** im Gesellschaftsvertrag zu regeln. Zu zulässigen Abfindungsbeschränkungen s. Rz. I 1114, Rz. I 1135. Als grobe Faustregel kann gelten, dass im Falle der **Ausschließung aus wichtigem Grunde** wegen schuldhaften Verstoßes des Betroffenen gegen seine Pflichten als Gesellschafter weitgehende Abfindungsbeschränkungen zulässig sind<sup>2</sup>. Dabei können zB der Firmenwert, die stillen Reserven und ähnliche Bestandteile des Abfindungsentgelts außer Betracht bleiben, es kann sogar jegliches Entgelt entfallen. Sieht der Gesellschaftsvertrag eine Bemessung des Abfindungsentgelts nach dem vollen Verkehrswert der Beteiligung vor, so ist es nicht zu beanstanden, wenn er es im Interesse der Bestandssicherung des Unternehmens gestattet, die Fälligkeit der Abfindung ohne Verzinsung um mehrere Jahre hinauszuschieben. 1364

## 2. Der Ausschluss ohne statutarische Bestimmung

Soweit der Gesellschaftsvertrag keine Bestimmungen über den Ausschluss eines Gesellschafters enthält, kann ein Gesellschafter zwangsweise im Wege der **Einziehung** nach § 34 GmbHG aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn in seiner Person ein diese Maßnahme rechtfertigender **wichtiger Grund** vorliegt<sup>3</sup>. Die rechtliche Begründung für die Ausschließbarkeit wird in dem Grundsatz gesehen, dass ein Dauerrechtsverhältnis mit persönlicher Vertrauensbildung bei Vorliegen eines wichti- 1365

1 *Hartmann*, Der ausscheidende Gesellschafter in der Wirtschaftspraxis, 4. Aufl. 1983, S. 134.

2 *Sosnitzka* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 34 Rz. 70; *Lutter/Kleindiek* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 34 Rz. 90 f.

3 BGH v. 1.4.1953 – II ZR 253/52, GmbHR 1953, 72 = BGHZ 9, 157; BGH v. 13.2.1995 – II ZR 225/93, GmbHR 1995, 296 (298); BGH v. 20.9.1999 – II ZR 345/97, GmbHR 1999, 1194 (1195); BGH v. 24.9.2013 – II ZR 216/11, GmbHR 2013, 1315 = NZG 2013, 1344; zu Letzterem *Böttcher*, NZG 2014, 177; grundlegend *Hoffmann/Rippel*, BB 2016, 1026 sowie *Hackel*, GmbHR 2016, 44 ff. insbesondere auch zu Fragen der Einberufung der entsprechenden Gesellschafterversammlung.

gen Grundes nach Maßgabe der von jedem Gesellschafter geschuldeten Treuepflicht auflösbar sein muss. Ohne sachlichen Grund hingegen ist die Ausschließung eines Gesellschafters in der Regel unzulässig<sup>1</sup>.

- 1366 Demgemäß ist bei der Prüfung, ob ein wichtiger Grund gegeben ist, maßgebend, ob eine **Verletzung der jedem Gesellschafter obliegenden Pflichten**, insbesondere der Treuepflichten, festzustellen ist und bejahendenfalls die **Fortsetzung der Gesellschaft mit dem Auszuschließenden unzumutbar macht**, ohne dass der Fortbestand der Gesellschaft in Frage gestellt wird. Genauer: Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Pflichtverletzung eines Gesellschafters nach Lage der Sache so schwer wiegt, dass eine andere Lösung als das Ausscheiden dieses Gesellschafters dem oder den Mitgesellschaftern unter keinen Umständen zugemutet werden kann, wenn also dieser Gesellschafter durch seine Pflichtverletzung das Vertrauensverhältnis zu den Mitgesellschaftern derart nachhaltig zerstört hat, dass seine weitere Mitgliedschaft den Fortbestand der Gesellschaft ernstlich gefährdet<sup>2</sup>. Dabei ist eine umfassende Prüfung aller Umstände des Einzelfalls und eine Gesamtabwägung der beteiligten Interessen erforderlich<sup>3</sup>. Zu dieser Gesamtschau gehört es auch, zwischen der **personalistisch und der kapitalistisch strukturierten GmbH zu unterscheiden**. Bei letzterer wird ein wichtiger Grund in der Person des Auszuschließenden weniger häufig anzuerkennen sein als bei der personalistischen GmbH. Zu beachten ist auch – insbesondere, wenn nur zwei Gesellschafter vorhanden sind –, dass die Ausschließung nur das letzte und äußerste Mittel sein darf und dann nicht in Betracht kommt, wenn andere gangbare Wege zur Beseitigung des Missstandes gegeben sind<sup>4</sup>. Ein zum Ausschluss des betreffenden Gesellschafters berechtigender

1 Zur Ausnahme, wenn die Beteiligung als Gesellschafter gegenüber einem parallel zur Ausschließung gekündigten Kooperationsvertrag von untergeordneter Bedeutung ist vgl. BGH v. 14.3.2005 – II ZR 153/03, GmbHR 2005, 620 m. Komm. *Werner* = NZG 2005, 479 (480).

2 OLG München v. 3.11.1993 – 7 U 2905/93, GmbHR 1994, 406; OLG Brandenburg v. 15.10.1997 – 7 U 56/95, GmbHR 1998, 193 (194); OLG Hamm v. 1.4.1998 – 8 U 72/97, GmbHR 1998, 1081 (1082); OLG Dresden v. 17.8.1998 – 2 U 596/98, GmbHR 1999, 234 (236).

3 BGH v. 13.2.1995 – II ZR 225/93, GmbHR 1995, 296 (298).

4 Zu den Besonderheiten von Ausschlussverfahren in Zweipersonen-Gesellschaften vgl. Winkler, GmbHR 2017, 334f., insbesondere mit dem wichtigen Hinweis, dass die Rechtsprechung nur den Ausschluss desjenigen Gesellschafters zulässt, der das Zerwürfnis überwiegend verursacht hat.

wichtiger Grund liegt namentlich im Falle einer schwerwiegenden Verletzung der ihm obliegenden Pflichten sowie insbesondere im Falle von kriminellen Handlungen zum Nachteil der Gesellschaft vor<sup>1</sup>.

Sehr häufig sind in Gesellschaftsverträgen auch Ausschlussregelungen anzutreffen, die als wichtigen, zur Ausschließung rechtfertigenden Grund die Zwangsvollstreckung in einen Geschäftsanteil vorsehen. Wird die Zwangsvollstreckung nicht innerhalb einer vorgegebenen Zeitspanne (zumeist 4 bis 6 Wochen) abgewendet, so kann der entsprechende Anteil eingezogen werden. Die Rechtsprechung beanstandet derartige Regelungen nicht<sup>2</sup>. 1366.1

In die Prüfung, ob der Ausschluss eines Gesellschafters gerechtfertigt ist, sind auch **in der Person der übrigen Gesellschafter liegende Umstände** einzubeziehen, die entweder auch deren Ausschluss rechtfertigen oder doch wenigstens zu einer mildernden Beurteilung derjenigen Gründe führen können, die der vom Ausschluss bedrohte Gesellschafter gesetzt hat<sup>3</sup>. Dies bedeutet nicht, dass der gesellschaftstreue Teil der Gesellschafter einen für die Gesellschaft nicht länger tragbaren Gesellschafter nicht ausschließen darf, nur weil andere Gesellschafter als der Auszuschließende ebenfalls ausgeschlossen werden können. Beschließen Gesellschafter, die selbst gesellschaftstreu sind, dass von zwei Gesellschaftern, die beide für die Gesellschaft untragbar geworden sind, willkürlich einer von beiden ausgeschlossen wird, so liegt ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung vor. Die Stimmabgabe wäre missbräuchlich und nichtig<sup>4</sup>. 1367

Ein neu in die Gesellschaft eingetretener Gesellschafter kann nicht wegen eines gesellschaftswidrigen Verhaltens seines Rechtsvorgängers aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Betreibt aber der neue Gesellschafter den Ausschluss eines Mitgesellschafters, so ist bei der Beurteilung der Ausschließungsgründe auch das **Verhalten des ausgeschiedenen Rechtsvor-** 1368

1 OLG Düsseldorf v. 22.10.1998 – 6 U 78/97, GmbHR 1999, 543 (546).

2 OLG Hamm v. 20.10.2008 – 8 U 4/08, DStR 2009, 1771; näher zu den Gestaltungsmöglichkeiten in der Satzung *Heckschen*, NZG 2010, 521 ff.; ferner zu praktischen Problemen beim Ausschluss von Gesellschaftern und Anteilseinziehung, *Römermann*, NZG 2010, 96 ff.

3 BGH v. 13.2.1995 – II ZR 225/93, GmbHR 1995, 296 (298); allgemein zu der Würdigung von Verursachungsbeiträgen bei wechselseitigem Zerwürfnis BGH v. 24.9.2013 – II ZR 216/11, GmbHR 2013, 1315 sowie die Überlegung zum Ausschluss unter Rz. I 1360.

4 BGH v. 22.1.1990 – II ZR 21/89, GmbHR 1990, 162.

**gängers** mit zu berücksichtigen, wenn dieses Verhalten bei einer umfassenden Würdigung aller Umstände zu einer anderen Beurteilung der geltend gemachten Ausschließungsgründe führen kann. Vorgänge, die wegen der Verfehlung des ausgeschiedenen Gesellschafters nicht ausreichen, um den in der Gesellschaft verbliebenen Gesellschafter auszuschließen, würden sonst durch den Gesellschafterwechsel diese Wertung einbüßen; zu einer derartigen Verschlechterung der Gesellschafterstellung des in der Gesellschaft verbliebenen Gesellschafters kann der Wechsel nicht führen.

- 1369 Der Ausschluss eines Gesellschafters ohne eine entsprechende Satzungsregelung kann nicht durch Ausschlusserklärung erfolgen. Die GmbH muss vielmehr gegen den Gesellschafter auf Ausschluss klagen<sup>1</sup>. Über die Erhebung der **Ausschlussklage** ist in der Gesellschafterversammlung zu beschließen<sup>2</sup>. Der Beschluss bedarf einer Mehrheit, wie sie statutarisch oder gesetzlich (§ 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) für den Auflösungsbeschluss vorgesehen ist<sup>3</sup>. Denn die nachgeschaltete Ausschließungsklage dient nur noch der Kontrolle des die Ausschließung rechtfertigenden Grundes, nicht aber der Entscheidung über den Eingriff in die Struktur des Unternehmens<sup>4</sup>. Der betroffene Gesellschafter hat kein Stimmrecht<sup>5</sup>. Das gilt auch dann, wenn der Mehrheitsgesellschafter betroffen ist, sodass er durch einen allein von den Minderheitsgesellschaftern gefassten Beschluss ausgeschlossen werden kann. Es kann auch nicht gefordert werden, dass die den Ausschluss beschließende Minderheit einen bestimmten Mindestanteil am Stammkapital halten muss. Das Gesetz bietet hierfür keine Grundlage.
- 1370 Im Zusammenhang mit dem Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses als Voraussetzung für die Erhebung einer Ausschließungsklage stellt sich die Frage, ob ein Gesellschafter unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht durch Klage gezwungen werden kann, der Ausschließung eines Mitgesellschafters zuzustimmen. Man wird dies zuzulassen haben, wenn sich ein Gesellschafter gegen eine zweifelsfrei begründete Ausschließung zum Schaden der Gesellschaft sperrt. Ein **Leistungsurteil**

1 BGH v. 20.9.1999 – II ZR 345/97, GmbHR 1999, 1194 (1195).

2 BGH v. 13.1.2003 – II ZR 227/00, GmbHR 2003, 351 (352).

3 BGH v. 1.4.1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 168; BGH v. 13.1.2003 – II ZR 227/00, GmbHR 2003, 351 (352).

4 *Seibt* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, Anh. § 34 Rz. 37; *Sosnitzka* in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, Anh. § 34 Rz. 32.

5 *Goette*, DStR 2001, 533 (538).

**auf Zustimmung** ersetzt die Mitwirkung des die Mitwirkung verweigern- den Gesellschafters. Dabei können Zustimmungs- und Ausschließungs- klage dergestalt miteinander verbunden werden, dass über beide Klagen gleichzeitig entschieden wird<sup>1</sup>.

Das **Urteil auf Ausschluss** hat **rechtsgestaltende Wirkung**. Der Aus- 1371 schluss tritt erst mit dem im Urteil festgesetzten Zeitpunkt ein. Im Urteil ist die Höhe der Abfindung zu bestimmen. Inwiefern die rechtsgestaltende Wirkung noch an die Bedingung zu knüpfen ist, dass die GmbH die Abfin- dung in einer angemessenen, festzusetzenden Frist an den auszuschließen- den Gesellschafter zahlt, ist unklar<sup>2</sup>. Da der BGH die sog. Bedingungs- lösung für die Zwangseinziehung aufgegeben hat<sup>3</sup>, spricht viel dafür, auch das Gestaltungsurteil in seiner Wirkung von der Zahlung der Abfin- dung zu entkoppeln<sup>4</sup>. Der BGH hat diese Frage mit dem Hinweis offen ge- lassen, die Einziehung eines Geschäftsanteils mittels Beschluss und die Ausschließung des Gesellschafters durch Klage unterschieden sich darin, dass letztere ohne die Zustimmung des Gesellschafters möglich sei<sup>5</sup>.

Der betroffene Gesellschafter hat **Anspruch auf den vollen Gegenwert** 1372 **seines Geschäftsanteils**, dh. auf den **Verkehrswert**. Einsetzung der Ak- tiven und Passiven nach ihrem wirklichen Wert bedeutet, dass von dem Wert des lebenden Unternehmens auszugehen, dh der Wert zugrunde zu legen ist, der sich bei einem Verkauf des Unternehmens als Einheit am Stichtag des Ausscheidens des Gesellschafters ergeben würde. Berech- nungszeitpunkt für die Wertfestsetzung ist die Erhebung der Ausschluss- klage<sup>6</sup>.

Ist die Beteiligung des Ausscheidenden unveräußerlich gestaltet, so kann 1373 sich dies wertmindernd auswirken. Der Betrag einer etwaigen Wertmin-

1 BGH v. 18.10.1976 – II ZR 98/75, GmbHR 1977, 197.

2 Lutter/Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 34 Rz. 65 f.

3 BGH v. 24.1.2012 – II ZR 109/11, NZG 2012, 259 = GmbHR 2012, 387.

4 Fleischer in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 34 GmbHG Rz. 31; Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, Anh. § 34 Rz. 14.

5 BGH v. 24.1.2012 – II ZR 109/11, NZG 2012, 259 = GmbHR 2012, 387 Rz. 16. Darin sehen Schneider/Hoger, NJW 2013, 504, die Tendenz des BGH an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten. Dies legt allerdings nahe, dass der BGH für den Aus- schluss an der Maßgeblichkeit der Abfindungszahlung für die Wirksamkeit festhalten will.

6 Seibt in Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, Anh. § 34 Rz. 53; Sosnitzka in Michalski ua., GmbHG, 3. Aufl. 2017, Anh. § 34 Rz. 34.



derung ist nicht subjektbezogen, sondern nach objektiven Kriterien zu ermitteln. Dabei ist entscheidend, ob und in welchem Ausmaß sich die eingeschränkte Verwertbarkeit der Beteiligung nach der Verkehrsanschauung auf ihren Wert auswirkt<sup>1</sup>.

- 1374 Dem ausgeschlossenen Gesellschafter können außer seinem Anteil am Gesellschaftsvermögen **weitere Ansprüche** zustehen, die zu seinen Gunsten nach dem Bewertungsstichtag entstanden sind. Sie sind ebenfalls Rechte aus dem Geschäftsanteil und zusätzlich abzugelten, wobei die Regeln über den Abfindungsanspruch Anwendung finden. Der ausscheidende Gesellschafter hat, wenn nichts anderes vereinbart ist, zudem einen Anspruch auf Freistellung von Sicherheitsgarantien, die er aus seinem Privatvermögen einem Gläubiger für Geschäftsverbindlichkeiten gegeben hat. Dieser Befreiungsanspruch, der sich ebenfalls aus § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB rechtfertigt, richtet sich gegen die Gesellschaft, im Falle einer Zweimanngesellschaft gegen den verbleibenden Gesellschafter.
- 1375 Das Ausschlussurteil richtet sich gegen den Gesellschafter, nicht gegen den Geschäftsanteil<sup>2</sup>. Der Ausgeschlossene bleibt daher zunächst Inhaber des Geschäftsanteils, bis dieser eingezogen oder auf die Gesellschaft, Mitgesellschafter oder Dritte übertragen ist<sup>3</sup>. Der Weg der Durchführung des Ausschlusses – ganzer oder teilweiser Erwerb des Geschäftsanteils durch die GmbH, Verkauf, Einziehung oder Kapitalherabsetzung – steht der GmbH frei<sup>4</sup>. Hinzu kommt, dass der Ausschluss aufgrund der Bedingung erst mit Zahlung der Abfindung wirksam wird (s. Rz. I 1371 für die Einziehung). Solange behält der Gesellschafter die Befugnis zur Ausübung seiner Gesellschafterrechte<sup>5</sup>. Das Stimmrecht ist lediglich bei solchen Maßnahmen ausgeschlossen, die der Durchführung des Ausschlusses dienen<sup>6</sup>.

1376–1399 Einstweilen frei.

1 BGH v. 10.10.1979 – IV ZR 79/78, GmbHR 1980, 200.

2 OLG Düsseldorf v. 22.10.1998 – 6 U 78/97, GmbHR 1999, 543 (545).

3 *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, Anh. § 34 Rz. 15.

4 BGH v. 1.4.1953 – II ZR 235/52, GmbHR 1953, 72 = BGHZ 9, 168 und BGH v. 17.2.1955 – II ZR 316/53, GmbHR 1955, 127 = BGHZ 16, 138.

5 BGH v. 1.4.1953 – II ZR 235/52, GmbHR 1953, 72 = BGHZ 9, 157; *Gehrlein*, Ausschluss und Abfindung von GmbH-Gesellschaftern, 1997, S. 132 ff., Rz. 236 ff.; aA *Fastrich* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, Anh. § 34 Rz. 15, der sich auf die hM in der Lit. beruft.

6 BGH v. 1.4.1953 – II ZR 235/52, GmbHR 1953, 72 = BGHZ 9, 157 (176).