

Übungsfall: Der renitente GmbH-Gesellschafter

Von Prof. Dr. **Günter Reiner**, Wiss. Mitarbeiter **Felix Arlt**, Hamburg*

Der nachfolgende Fall behandelt Probleme der Beschlussfassung im Recht der GmbH und orientiert sich lose an einem Urteil des OLG München vom 29.3.2018 (7 U 1509/18). Die Lösung erfordert neben dem souveränen Umgang mit Standardproblemen an einigen Stellen ein vertieftes Verständnis der Organisationsstruktur der GmbH. Bereits deswegen und aufgrund der Vielzahl der handelnden Personen und Gesellschaften ist der Fall als besonders anspruchsvoll einzuordnen. Die Aufgabe wurde Anfang 2020 als zweistündige Klausur im Modul „Gesellschafts- und Arbeitsrecht“ im Bachelor-Studiengang „Betriebswirtschaftslehre“ an der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg (HSU) gestellt. Aufgrund seines Niveaus eignete sich dieser Fall ohne Weiteres auch als Abschlussklausur im Wahlfach des rechtswissenschaftlichen Studiums.

Sachverhalt

Die C-GmbH hat laut Satzung als Gegenstand „die Beteiligung bei anderen Gesellschaften und die Übernahme der persönlichen Haftung und der Geschäftsführung bei anderen Gesellschaften“. Sie hält unter anderem 100 % der Anteile an der D-AG. Die beiden Gesellschafterinnen der C-GmbH sind die B-GmbH mit 66 % und die A-GmbH mit 34 % der Geschäftsanteile. Geschäftsführer der C-GmbH sind C sowie A und B, jeweils mit Alleinvertretungsmacht, wobei C den „Vorsitz“ der Geschäftsführung wahrnimmt. C und B sind zudem alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer der B-GmbH, A ist zusätzlich einziger Geschäftsführer der A-GmbH.

Als bei der D-AG eine Finanzierungslücke von mehreren hunderttausend Euro auftritt, teilt C als Geschäftsführer der C-GmbH per E-Mail vom 4.1., gerichtet an A und B mit, er werde alle Anteile an der D-AG zum Preis von einem Euro „unter Freihaltung von allen Verpflichtungen“ an einen Sanierer veräußern, um einen Insolvenzantrag zu vermeiden. Der E-Mail war folgender Entwurf eines Gesellschafterbeschlusses der C-GmbH im Umlaufverfahren beigelegt:

„Der Geschäftsführung wird der Auftrag erteilt, sämtliche Geschäftsanteile an der D-AG zum Kaufpreis von einem Euro zu veräußern.“

Für die B-GmbH hatte C den Beschluss bereits – unwillkürlich von B – signiert. Die A-GmbH, vertreten durch A, äußert sich nicht zur Sache, sondern protestiert noch am gleichen Tag gegen das Umlaufverfahren.

Mit am selbigen Tag zur Post gegebenen Einschreiben vom 3.2. lädt C daher die beiden Gesellschafterinnen der C-GmbH, vertreten jeweils durch ihre Geschäftsführung, zur Gesellschafterversammlung am 11.2. um 14:00 Uhr in das Hochhaus im Mühlenweg 22, dem vor vier Wochen neu be-

zogenen Geschäftssitz der Gesellschaft, ein. Die beigelegte Tagesordnung lautet wie folgt:

1. Bestätigung des Umlaufbeschlusses vom 4.1.
2. Abberufung des Geschäftsführers A.

Zur Versammlung erscheint lediglich Geschäftsführer C, der gleichzeitig die B-GmbH vertritt. Er erklärt sich sogleich selbst zum Leiter der Versammlung und fasst folgende Beschlüsse, die er in einem Protokoll dokumentiert:

1. Der Umlaufbeschluss vom 4.1. wird vollumfänglich bestätigt.
Den Geschäftsführern wird speziell für die Veräußerung der Anteile Entlastung erteilt.
2. A wird mit sofortiger Wirkung als Geschäftsführer abberufen.

In § 10 der Satzung der C-GmbH findet sich folgende Regelung:

„Zur Gesellschafterversammlung ist durch Einschreibebrief, Telefax, E-Mail oder gegen Quittung zu laden (...). Zu laden ist unter Angabe von Tagungsort, Tagungszeit, Tagesordnung und vorgeschlagener Beschlussfassung. Ladungsberechtigt ist jeder Geschäftsführer allein. Trifft die Gesellschafterversammlung hierüber keine andere Bestimmung, ist Versammlungsleiter der dienstälteste Geschäftsführer der Gesellschaft.“

Am Tag der Versammlung befindet sich an dem Geschäftssitz der C-GmbH weder ein Briefkasten noch ein Klingelschild.

A ist auch mit den Beschlüssen vom 11.2. nicht einverstanden. Im Namen der A-GmbH macht er mehrere Punkte geltend: Die Einladung zur Gesellschafterversammlung habe ihn erst am 5.2., also weniger als eine Woche vor der Versammlung erreicht. Er sei zu spät zum Versammlungsort erschienen, weil er kein Klingelschild gefunden habe. C habe die Versammlung gem. § 10 der Satzung auch deshalb nicht ohne ihn abhalten dürfen, da er, A, (unstreitig) länger als dieser Geschäftsführer sei. Zudem könne es doch nicht sein, dass er, A, einfach so ohne stichhaltigen Grund abberufen werden könne.

Schließlich macht A für die A-GmbH geltend, die Entlastung der Geschäftsführer sei fehlerhaft. Sie sei in der Einladung gar nicht angekündigt worden. Außerdem habe sie ein „Geschmäckle“, weil C allein davon profitiere; er selbst, A, sei ja wegen der Veräußerung ohnehin nicht haftbar, weil er diese Maßnahme nicht zu verantworten habe. Zuletzt beanstandet A noch, eine Entlastung könne nur pauschal für das gesamte Geschäftsjahr, aber nicht für einzelne Maßnahmen erteilt werden, erst recht nicht, wenn diese noch gar nicht durchgeführt worden seien.

* Der Verf. Dr. **Günter Reiner** ist Professor für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts-, Wirtschaftsrecht und Steuerrecht an der Helmut-Schmidt-Universität – Universität der Bundeswehr Hamburg (HSU HH). Der Verf. **Felix Arlt** ist Wiss. Mitarbeiter an der HSU HH.

Frage 1

Bestehen hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der gefassten Beschlüsse im Umlaufverfahren und am 11.2. Bedenken? Gehen Sie bei Ihrer Antwort bitte möglichst auf alle im Sachverhalt angesprochenen rechtlichen Gesichtspunkten ein. (Gewichtung: 80%)

Frage 2

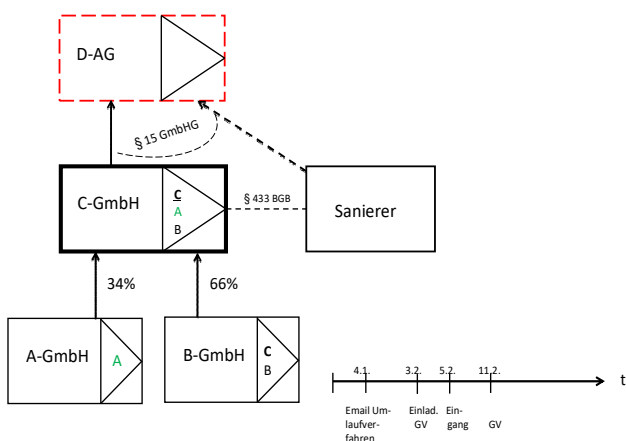
Aufbauend auf Ihrem Ergebnis zu Frage 1: Welche Rechtsbehelfe (Nichtigkeits- und/oder Anfechtungsklage?) stehen wem gegenüber, wem zu und welche Erfolgsaussichten haben sie? (Gewichtung: 20%)

Bearbeitervermerk

Beantworten Sie bitte die beiden Fragen in der Form aussagekräftiger Gutachten.

Lösungsvorschlag

Bei Fallkonstellationen wie der vorliegenden mit vielen Akteuren, die zudem z.T. ähnliche Namen aufweisen („A“, „A-GmbH“, „B“, „B-GmbH“, „C“, „C-GmbH“), und mit komplexen Beziehungen ist dringend zu empfehlen, vorab eine Skizze zu erstellen. Diese könnte etwa so aussehen:



Bearbeitungshinweis: Der Aufbau der Lösung orientiert sich an der durch die beiden Fragen vorgegebenen Struktur. Typischerweise folgt das Beschlussanfechtungsgutachten dem Aufbauschema „A. Nichtigkeitsklage“ und „B. Anfechtungsklage“ sowie auf zweiter Ebene jeweils der Untergliederung in „I. Zulässigkeit“ und „II. Begründetheit“. Vorliegend ist die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Beschlüsse nicht in dieses Schema zu integrieren, sondern lässt sich vorweg ohne prozessuale Kenntnisse Punkt für Punkt abarbeiten. Damit sollte vermieden werden, dass die Bearbeiter bereits an Schwierigkeiten im prozessualen Bereich scheitern. Mit Rücksicht auf die Bedürfnisse der studentischen Zielgruppe lag der Fokus der vorausgegangenen Vorlesung zum GmbH-Recht im materiellen Recht.

Frage 1: Rechtmäßigkeit der Beschlussfassung

Der Grobaufbau der gutachterlichen Überlegungen zu Frage 1 ist durch die beiden Teilfragen vorgegeben: Zu prüfen ist zunächst die Beschlussfassung im Umlaufverfahren (I.) und anschließend diejenige in der Präsenzversammlung vom 11.2. (II.). Gründe, von der in der Fallfrage angelegten Reihenfolge abzuweichen, sind nicht ersichtlich. Wie immer bei Rechtsakten sind sowohl das Verfahren des Zustandekommens (1.) als auch der Inhalt (2.) zu überprüfen.

I. Beschlussfassung im Umlaufverfahren

1. Beschlussverfahren

Der gesetzliche Normfall der Gesellschafterversammlung bei der GmbH (und bei den sonstigen Gesellschaften) ist die Präsenzveranstaltung (§ 48 Abs. 1 GmbHG). Der persönliche Austausch physisch am gleichen Ort präsenter Menschen miteinander ist die beste Art der Kommunikation und kollektiven Willensbildung. Der Verzicht auf Präsenz, insbesondere bei einer Online-Versammlung, sowie erst recht das vollständige Fehlen einer Versammlung und damit einer Interaktion zwischen den Anteilseignern, wie beim sog. Umlaufverfahren¹, bedeuten eine rechtfertigungsbedürftige Einschränkung. Soweit sich diese Rechtfertigung nicht aus dem Gesellschaftsvertrag (der Satzung) ergibt, ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich (§ 48 Abs. 2 GmbHG).² A hat vorliegend ausdrücklich gegen das Verfahren protestiert. Damit fehlte auf jeden Fall die Zustimmung der von A allein vertretenen A-GmbH, die zu 34 % an der C-GmbH beteiligt ist. Es kann daher offenbleiben, ob die Reaktion des B („unwidersprochen von B“) als konkludente Zustimmung gedeutet werden kann und ob ein etwaiger Widerspruch des B, der sich die Geschäftsführung der B-GmbH mit C – jeweils alleinvertretungsberechtigt – teilt, überhaupt einen Einfluss auf die Willensbildung der B-GmbH gehabt hätte. Das Einverständnis sämtlicher Gesellschafter ist nicht gegeben und der im Umlaufverfahren gefasste Beschluss daher schon aus verfahrensrechtlicher Sicht rechtswidrig.

Bearbeitungshinweis: Nicht zu beanstanden wäre es, bereits an dieser Stelle Überlegungen darüber anzustellen, welche konkrete Rechtsfolge dies für den dennoch gefass-

¹ Genau genommen gibt es bei diesem Verfahren keinen echten „Umlauf“ im Sinne einer unter den Stimmberechtigten zirkulierenden Kommunikation, sondern bloß eine Abstimmung entsprechend dem Modus einer Briefwahl.

² Um diesem Beitrag auch über die kommenden Jahre hinaus didaktische Relevanz zu erhalten, wird die durch die COVID-19-Pandemie bedingte Modifikation des § 48 Abs. 2 GmbHG nicht berücksichtigt (hierzu *Otte*, BB 2020, 1163). Gesellschafterbeschlüsse können 2020 auch ohne Einverständnis sämtlicher Gesellschafter außerhalb der Gesellschafterversammlung gefasst werden (§ 2 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie). Das BMJV kann diese Regelung bei Bedarf bis Ende 2021 ausdehnen.

ten Beschluss hat (Anfechtbarkeit/Nichtigkeit). Da diese Rechtsfolge aber ihre maßgebliche Bedeutung im Rahmen der zweiten Frage entfaltet, wird sie an dortiger Stelle erörtert.

2. Beschlussinhalt

Des Weiteren könnte der Umlaufbeschluss zugleich in Bezug auf seinen Inhalt rechtswidrig sein.

Bearbeitungshinweise: Zu einem Gutachten gehört die umfassende Prüfung aller im Sachverhalt angesprochenen Rechtsfragen. Anders als in einem Urteil wäre es nicht richtig, nach der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Beschlussverfahrens die weitere (materielle) Prüfung abzubrechen.

Bedenken gegen den Inhalt des Umlaufbeschlusses hat A laut Sachverhalt nicht explizit vorgetragen. Dennoch gehört es zu einem vollständigen Gutachten, auch unabhängig hiervon mögliche Bedenken gegen die Rechtmäßigkeit des Beschlussinhalts zu erkennen und ihnen auf den Grund zu gehen, soweit sie es erlauben, Elemente des Sachverhalts zu verwerten, die anderweitig keine Berücksichtigung finden, und soweit die Bedenken nicht allzu weit hergeholt wirken. Eine sachgerechte, mit der notwendigen Kürze durchgeführte Prüfung dieses Punktes kann nur von sehr guten Bearbeitern erwartet werden.

Mehrere Bearbeiter waren der Auffassung, die Anteilsveräußerung sei wegen Fehlens notarieller Form unwirksam. Dafür beriefen sie sich auf § 15 Abs. 3 GmbHG, was ein allgemeines Problem komplexer Sachverhalte offenbart. Sie hatten erkennbar den Überblick verloren, um welche Gesellschaft in welcher Rolle es bei dem Verkauf der Anteile ging. Im Gegensatz zur Veräußerung von GmbH-Anteilen braucht die Veräußerung von Aktien nicht notariell beurkundet zu werden. Hier bestätigt sich der Nutzen einer Skizze wie oben empfohlen. Selbst wenn die D-Gesellschaft tatsächlich eine GmbH gewesen wäre, wäre der Umlaufbeschluss allenfalls dann rechtswidrig (aber wohl eher nur untauglich), wenn er explizit vorsehen würde, dass die Veräußerung nicht notariell beurkundet werden darf. Dafür aber liefert der Sachverhalt keine Anhaltspunkte, sodass die Prüfung des § 15 Abs. 3 GmbHG selbst unabhängig von der Verwechslung überflüssig war.

a) Unzulässige Weisung der Gesellschafter?

Zunächst erscheint es begründungsbedürftig, dass die Gesellschafter dem Geschäftsführer in Gestalt der Anteilsveräußerung eine Maßnahme aufgeben („Der Geschäftsführung wird der Auftrag erteilt [...]“), die – trotz ihrer möglichen wirtschaftlichen Bedeutung für die Gesellschaft – keine Strukturmaßnahme ist, wie sie typischerweise der Gesellschafterversammlung vorbehalten bleibt (vgl. z.B. §§ 13, 125 UmwG), sondern eine originäre Geschäftsführungsmaßnahme. Dies scheint auf den ersten Blick der Aufgabenverteilung zwischen Geschäftsführung und Gesellschafterversammlung zu widersprechen, wobei dieser Einwand, sollte er relevant sein, schon dadurch relativiert würde, dass der Beschluss hier auf

Betreiben der Geschäftsführung selbst getroffen wurde (vgl. § 119 Abs. 2 AktG).

Entscheidend ist, dass die Position der Geschäftsleiter in der GmbH deutlich schwächer ausgeprägt ist als in der AG. Im Gegensatz zur AG, die von der eigenverantwortlichen Leitung durch den Vorstand geprägt ist (§ 76 AktG), hat der Gesetzgeber für die Gesellschafterversammlung weitgehende Weisungsbefugnisse im Verhältnis zur Geschäftsleitung vorgesehen (vgl. §§ 46 Nr. 6, 37 Abs. 1 GmbHG). Die Gesellschafterversammlung hat das Recht, prinzipiell jede Maßnahme der Geschäftsführung an sich zu ziehen.³ Diesem Recht sind nur in wenigen Ausnahmefällen Grenzen gezogen. So wäre eine Weisung beispielsweise dann rechtswidrig, wenn sie auf die Verletzung zwingender Gläubigerschutzvorschriften zielte, die Existenz der Gesellschaft gefährdete oder aber der Insolvenzantragspflicht zuwiderliefe.⁴ Nichts dergleichen ist vorliegend jedoch ersichtlich.

Umgekehrt schadet es auch nicht, dass der Auftrag an die Geschäftsführung zwar Vorgaben bezüglich des „Ob“ der Veräußerung, der Person des Erwerbers und des Veräußerungspreises macht, aber der Geschäftsleitung im Übrigen, z.B. hinsichtlich der Frage der Gewährleistung, freie Hand lässt. Eine bestimmte Regelungsdichte ist keine Voraussetzung einer zulässigen Weisung, sie kann genereller oder spezieller Art sein.⁵

Da die von der Geschäftsführung umzusetzende Maßnahme, auf welche die Weisung gerichtet war, hier funktionell tatsächlich eine solche der Geschäftsführung war, kommt auch der Vorwurf, die Gesellschafterversammlung habe die Geschäftsführung zu einem Tun angewiesen, das außerhalb deren Zuständigkeitsbereichs liegt, nicht in Betracht. Die Frage, ob auch solche Weisungen noch vom allgemeinen Weisungsrecht abgedeckt wären, braucht hier somit nicht erörtert zu werden.

Bearbeitungshinweis: Einige Bearbeiter haben tatsächlich die Frage geprüft, ob die Anteilsveräußerung Geschäftsführungsmaßnahme ist, es dabei aber versäumt, die Bedeutung dieser Frage für die Rechtmäßigkeit des Umlaufbeschlusses (Fallfrage) herauszuarbeiten. Die Ausführungen zur Anteilsveräußerung, von der ja noch nicht einmal bekannt ist, ob sie bereits stattgefunden hat – waren vielmehr losgelöst vom Kontext des Umlaufbeschlusses, was sich (sinngemäß) in Formulierungen äußerte wie: „Der Verkauf der Anteile müsste von der Geschäftsführungsbefugnis des C gedeckt sein“.

Schließlich war C auch nicht aufgrund eines etwaigen schädlichen Interessenkonflikts daran gehindert, den Umlauf-

³ Z.B. BGH, Urt. v. 16.7.2019 – II ZR 175/18, Rn. 25 (juris).

⁴ *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, Kommentar zum GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 37 Rn. 6 f.

⁵ Im Gegenteil ist strittig, ob die Geschäftsleitung überhaupt auf ein bloßes „Exekutivorgan“ der Gesellschafterversammlung reduziert werden darf. Siehe hierzu *Wicke*, in: Wicke, Kommentar zum GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 37 Rn. 4 m.w.N. zu den verschiedenen Auffassungen.

beschluss im Namen der B-GmbH zu signieren. Zwar würde seine Stimmabgabe bei zulässigem Abstimmungsverfahren dazu führen, dass er sich im Ergebnis selbst als Geschäftsführer der C-GmbH eine Weisung erteilt. Daran ist aber nichts auszusetzen. Selbst wenn C Gesellschafter-Geschäftsführer der C-GmbH wäre, wäre er nicht daran gehindert, über von ihm selbst oder anderen Geschäftsführern eingebrachte Geschäftsführungsangelegenheiten mitzuzentscheiden. Die Situation unterscheidet sich insofern von derjenigen bei der Entscheidung über die (echte) Entlastung der Geschäftsführung, wo den Geschäftsführer nach § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG ein Stimmverbot trifft (hierzu unten II. 6.).⁶

Alles in allem wäre es durchaus zulässig, dass die Gesellschafterversammlung eine Weisung zur Veräußerung eines Anteils erteilt.

b) Unzulässig niedriger Kaufpreis?

Begründungsbedürftig könnte ferner der Umstand sein, dass die Anteile der C-GmbH an der D-AG für nur einen Euro abgegeben werden sollen. Diesbezügliche Bedenken sind aber schnell ausgeräumt. Zum einen ergibt sich aus dem Sachverhalt, dass die AG wohl ohne die Haftungsübernahme überschuldet wäre, sodass sie möglicherweise gar nicht mehr als einen Euro wert sind; zum anderen gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass der Sanierer ein Gesellschafter wäre, sodass eine verbotene Einlagenrückgewähr (§§ 30, 43 Abs. 3 GmbHG) nicht in Betracht kommt. Außerhalb dieses Verbots steht es den Gesellschaftern aber frei, die Durchführung nachteiliger Geschäfte zu beschließen.

c) Satzungsverstoß?

Schließlich könnte man noch überlegen, ob der Umlaufbeschluss auch deshalb rechtswidrig ist, weil er auf eine Maßnahme gerichtet ist, die gegen den satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand verstößt.

Bearbeitungshinweis: A selbst hat dieses Argument zwar nicht geltend gemacht, und es liegt auch, wie sich gleich noch zeigen wird, recht fern. Der Sachverhalt erwähnt jedoch ausdrücklich den Unternehmensgegenstand, was darauf schließen lässt, dass der Aufgabensteller sich zumindest an irgendeiner Stelle im Gutachten eine Auseinander-

setzung mit dem Unternehmensgegenstand gewünscht hat.

Laut Sachverhalt hat die C-GmbH als Gegenstand „die Beteiligung bei anderen Gesellschaften und die Übernahme der persönlichen Haftung und der Geschäftsführung bei anderen Gesellschaften“. Sollte die Beteiligung an der D-AG die einzige Beteiligung der C-GmbH (gewesen) sein, wofür der Sachverhalt allerdings keinerlei Anhaltspunkte enthält, stünde die C-GmbH nach der Veräußerung ohne Beteiligung da. Darin könnte man aber noch keinen Verstoß gegen die Satzung erkennen, denn der Unternehmensgegenstand der Beteiligungsverwaltung ist kein Selbstzweck, sondern dem regelmäßigen Ziel der Gewinnerzielung untergeordnet. Dazu gehört es auch, unrentable Beteiligungen oder solche, die sogar mit Verpflichtungen, z.B. aus Garantien, verbunden sind, abzustoßen. Dementsprechend hat C die Veräußerung der Beteiligung an den Sanierer „unter Freihaltung von allen Verpflichtungen“ angestrebt. Sollte die C-GmbH nach der Veräußerung der Aktien ohne Beteiligung dastehen, wäre es satzungsmäßige Pflicht der Geschäftsleitung, den Erwerb neuer Beteiligungen anzustreben. Nichts im Sachverhalt deutet darauf hin, dass C die Absicht hätte, diese Pflicht zu ignorieren und das Halten von Beteiligungen generell einzustellen. Es ist somit keinerlei Satzungsverstoß erkennbar.

Bearbeitungshinweis: In der Klausur kam ein Bearbeiter zu dem abweichenden Ergebnis, dass der Umlaufbeschluss in inhaltlicher Hinsicht mangelhaft sei, da er eine Satzungsänderung darstelle und die hiermit verbundenen Formvorschriften nicht eingehalten seien. Die (im Ergebnis fehlerhafte) Argumentation zeugt immerhin von übergreifendem Systemverständnis. Der Bearbeiter machte sich mit seinen Ausführungen intuitiv die Überlegungen der seit Jahrzehnten geführten Diskussionen zur sog. „faktischen Satzungsänderung“ bzw. „Satzungsdurchbrechung“ zu eigen. Bis heute ist nicht abschließend höchstrichterlich geklärt, wann ein von der Satzung abweichender Gesellschafterbeschluss lediglich eine anfechtbare Satzungsverletzung oder aber gar eine per se formunwirksame Satzungsänderung darstellt (§ 54 Abs. 3 GmbHG).⁷ Eine punktuelle Durchbrechung der Satzung ohne zustandsbegründende Wirkung wird für zulässig erachtet, wobei umstritten ist, ob der Beschluss neben einer satzungsändernden Mehrheit noch der notariellen Beurkundung bedarf (§ 53 Abs. 2 GmbH).⁸ Lässt man die formalen

⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 15.12.1975 – II ZR 17/74, unter I. 1. Rn. 26 (juris): „Damit unterscheidet er [der Entlastungsbeschluss] sich der Sache und Wirkung nach wesentlich von einem Beschluss, mit dem die Gesellschafter in der Form einer Weisung oder Einwilligung von ihrem Recht Gebrauch machen, über ihnen wichtig erscheinende oder von den Geschäftsführern unterbreitete Angelegenheiten selbst zu entscheiden. Es liefe auf eine ungerechtfertigte Verkürzung mitgliedschaftlicher Rechte hinaus, wenn etwa ein Gesellschafter-Geschäftsführer in einer solchen gemeinsamen Angelegenheit, auch wenn sie seine persönlichen Interessen nicht berührt, nicht mitentscheiden dürfte, nur weil er das Beschlossene hinterher als Geschäftsführer auszuführen hat“.

⁷ Kritisch zum Diskussionsstand und mit einem neuen Lösungsansatz *Selentin*, NZG 2020, 292.

⁸ Zu satzungsdurchbrechenden Beschlüssen bei der GmbH siehe z.B. OLG Köln, Beschl. v. 24.8.2018 – 4 Wx 4/18, Rn. 19 (juris): „Diese enge Zulassung satzungsdurchbrechender Beschlüsse ist auch nicht mit erkennbaren Nachteilen für die Gesellschaft oder ihre Gesellschafter verbunden. Der satzungsdurchbrechende Beschluss bedarf ebenso wie der satzungsändernde der notariellen Beurkundung und der Eintragung in das Handelsregister. [...] Der einzige ‚Zusatzaufwand‘ besteht dann darin, dass die so geänderte Satzungs-

Mängel des Umlaufverfahrens außer Betracht, war die satzungsändernde Mehrheit hier gegeben, weil der Beschluss in Abwesenheit der A-GmbH (34 %) einstimmig mit den Stimmen der B-GmbH gefasst wurde.

d) Zwischenergebnis

Bedenken gegen den Inhalt des Umlaufbeschlusses bestehen für sich genommen nicht.

II. Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung vom 11.2.

Rechtliche Bedenken gegen die Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung vom 11.2. kommen sowohl in formaler (nachfolgend 1.–4.) als auch in inhaltlicher (5.–7.) Hinsicht in Betracht.

I. Formalien der Einladung

a) Zuständigkeit des C für die Einladung

C müsste für die Einladung zur Versammlung die erforderliche Kompetenz gehabt haben. Nach § 49 Abs. 1 GmbH wird die Versammlung „durch die Geschäftsführer“ einberufen. Vorliegend hat allein C ohne Mitwirkung der Mitgeschäftsführer zur Gesellschafterversammlung eingeladen. Es stellt sich die Frage, ob dies ausreicht, insbesondere ob ein Beschluss aller Geschäftsführer notwendig gewesen wäre. C nimmt den „Vorsitz“ der Geschäftsführung wahr. Möglicherweise ermächtigt dies C, einseitig Einladungen auszusprechen. Das GmbHG kennt anders als das AktG (dort § 84 Abs. 2 AktG) keinen Vorsitzenden der Geschäftsleitung. Den Gesellschaftern steht es aber frei, in der Satzung oder, mangels Satzungsregelung, in einer Geschäftsordnung für die Geschäftsleitung oder auch einfach ad hoc einen Vorsitzenden zu bestimmen. Welche Funktionen mit dem Amt des C konkret verbunden sind und ob der Vorsitz über den Auftrag, die Geschäftsleitung zu koordinieren, hinausgeht,⁹ teilt der Sachverhalt nicht mit. Darauf kommt es aber auch nicht an. Es ist anerkannt, dass nach § 49 Abs. 1 GmbHG jeder einzelne der Geschäftsleiter unabhängig von einer leitenden Funktion innerhalb der Geschäftsleitung zur Einladung berechtigt ist.¹⁰ C besaß also in jedem Fall die Einberufungskompetenz.

b) Form der Einladung

Die Einladung erfolgte an alle Gesellschafter und durch eingeschriebenen Brief, die formalen Anforderungen des § 51 Abs. 1 S. 1 GmbHG sind daher erfüllt.

urkunde neu ausgedruckt werden muss. Das ist im Hinblick auf den damit verbundenen Gewinn an Transparenz aber ohne weiteres zumutbar.“

⁹ Hierzu *Leuring/Dornhege*, NZG 2010, 13 (16).

¹⁰ Z.B. *Liebscher*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 49 Rn. 17: Dies ergibt insbesondere auch deshalb Sinn, damit Meinungsverschiedenheiten zwischen den Geschäftsführern über die Erforderlichkeit einer Gesellschafterversammlung nicht die Einberufung derselben verhindern können. Gerade in diesen Fällen ist die Einberufung oftmals ganz besonders angezeigt.

Bearbeitungshinweis: Überschaubare und eindeutige Subsumtionsvorgänge sollten im Urteilsstil abgehandelt und nicht künstlich durch das Formulieren einer These, deren Richtigkeit von vornherein evident ist („Die Einladung könnte durch eingeschriebenen Brief erfolgt sein...“), aufgebläht werden.

c) Frist der Einladung

§ 51 Abs. 1 S. 2 GmbHG gibt vor, dass die Einladung zur Gesellschafterversammlung „mit einer Frist von mindestens einer Woche zu bewirken“ ist. Fraglich ist, ob C diese Frist eingehalten hat.

Die Einladung ging hier erst sechs Tage vor der Gesellschafterversammlung bei A ein. Ob dies noch ausreicht, hängt davon ab, auf welchen Vorgang sich der Begriff „bewirken“ i.S.d. § 51 Abs. 1 S. 2 GmbHG bezieht. Die Formulierung ist offen; als Anknüpfungspunkte kommen der Absendezeitpunkt, der Zeitpunkt des Zugangs der Einladung beim Adressaten und ein Zeitpunkt dazwischen in Betracht. Gegen die Maßgeblichkeit des Zugangs spricht, dass der Gesetzgeber in diesem Fall den etablierten Rechtsbegriff des Zugangs (vgl. § 130 BGB) auch verwendet hätte; gegen ein Abstellen auf den Absendezeitpunkt wiederum streitet der Umstand, dass hierdurch die Reaktionszeit des Gesellschafters, der sich auf den Termin einstellen muss, unter Berücksichtigung des Postwegs auf unter eine Woche verkürzt würde, was unangemessen erscheint. In der Tat entspricht es mittlerweile ständiger Rechtsprechung, dass nicht die allgemeine Zugangsregelung des § 130 Abs. 1 BGB einschlägig ist, sondern fristauslösendes Ereignis der Zeitpunkt ist, an dem üblicherweise mit dem Zugang des Schreibens gerechnet werden kann.¹¹ Dies soll bei Aufgabe eines Briefes zum Versand innerhalb Deutschlands nach Ansicht der Rechtsprechung bereits der nächste Werktag sein.¹² Fristbeginn war danach vorliegend bereits am Dienstag, den 4.2. Die Wochenfrist endete gem. § 188 Abs. 2 BGB somit am Dienstag, den 11.2., sodass C die Einladung noch rechtzeitig bewirkt hat.

Bearbeitungshinweis: Selbstverständlich ist auch die Gegenansicht, nach der eine Frist von zwei Tagen zu veranschlagen ist, vertretbar. Die Einladungsfrist wäre dann nicht mehr gewahrt.

d) Inhalt der Einladung

aa) Versammlungszeitpunkt und -ort

Ort und Zeit wurden in der Versammlung pflichtgemäß angegeben (§ 121 Abs. 3 AktG analog). Die Auswahl des Versammlungsortes ist nicht zu beanstanden; eine Versammlung

¹¹ BGH, Urt. v. 30.3.1987 – II ZR 180/86 = BGHZ 100, 264, Rn. 14 (juris).

¹² BGH, Beschl. v. 12.9.2013 – V ZB 187/12, Rn. 9 (juris); nach a.A. sind zwei Tage zu veranschlagen (*Liebscher* [Fn. 10], § 51 Rn. 26), was eher der aktuellen Postpraxis entsprechen dürfte. Dann wäre die Einladung nicht mehr rechtzeitig i.S.d. § 51 Abs. 1 S. 2 GmbHG bewirkt worden.

am Sitz der Gesellschaft ist völlig in Ordnung (§ 121 Abs. 5 S. 1 AktG analog). Der Sachverhalt enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass die Satzung etwas anderes vorschreiben würde.

bb) Ausreichende Angabe des Zwecks der Versammlung

Gem. § 51 Abs. 2 GmbHHG soll der Zweck der Versammlung „bei der Einberufung“ angegeben werden; nach § 51 Abs. 3 GmbH können die Tagesordnungspunkte allerdings bis drei Tage vor der Versammlung nachgereicht werden. Auf die im Schrifttum erörterte Frage, ob der Zweck der Versammlung das Gleiche wie die „Gegenstände“ der Beschlussfassung – so die h.M.¹³ – oder etwas anderes ist,¹⁴ kommt es hier nicht an, weil die Tagesordnung vorliegend bereits mit der Einladung verschickt wurde.

Problematisch könnte jedoch sein, dass der zweite Teil des Beschlusses zu 1., die „Entlastung“ („Den Geschäftsführern wird speziell für die Veräußerung der Anteile Entlastung erteilt“) in der Tagesordnung keinen Niederschlag gefunden hat. Dort wird lediglich die Bestätigung des Umlaufbeschlusses angekündigt, nicht aber die Entlastung der Geschäftsführer bezüglich dieser Maßnahme. Schutzzweck der Regelung des § 51 Abs. 2 und Abs. 4 ist es, allen Gesellschaftern eine angemessene Vorbereitung sowie ggf. die Entscheidung zu ermöglichen, ob sie überhaupt teilnehmen wollen.¹⁵ Man könnte daher versuchen zu argumentieren, dass die Ankündigung in der Einladung dieser Anforderung nicht genügt, da die ausgesprochene Entlastung, ganz unabhängig davon, ob sie als solche i.S.d. § 46 Nr. 5 Var. 3 GmbHHG zu qualifizieren ist (unten II. 6.), nach ihrem ersichtlichen Zweck Rückendeckung für die Anteilsveräußerung sowie Freistellung von etwaigen Schadensersatzansprüchen bedeutet.¹⁶ Die Ankündigung wurde auch nicht innerhalb der Dreitagesfrist des § 51 Abs. 4 GmbHHG nachgeholt. Dem lässt sich entgegenhalten, dass der angekündigte Tagesordnungspunkt zu 1. („Bestätigung des Umlaufbeschlusses vom 4.1.“) die Bestätigung des im Umlaufbeschluss erteilten „Auftrags“ an die Geschäftsführung, die Anteile der D-AG zu verkaufen, bedeutet, und dass eine solche Beauftragung oder Weisung bereits automatisch mit einer „Rückendeckung“ und Haftungsbefreiung bezüglich dieser Maßnahme verbunden ist (vgl. *argumentum e contrario* aus § 43 Abs. 3 S. 3 GmbHHG sowie

§ 93 Abs. 4 S. 1 AktG analog).¹⁷ Die Haftung der Geschäftsführer setzt pflichtwidriges Verhalten voraus (vgl. § 43 Abs. 2 GmbHHG), die Geschäftsleitung kann aber gegenüber der Gesellschaft nicht pflichtwidrig handeln, soweit sie nichts anderes tut, als ihrer Pflicht, (rechtmäßige) Weisungen der Gesellschafterversammlung auszuführen, Genüge zu leisten. Andernfalls entstände ein Normkonflikt.

Bei diesem Verständnis des angekündigten Tagesordnungspunktes zu 1. hat die zusätzlich beschlossene „Entlastung“ lediglich bekräftigenden, deklaratorischen Charakter und keine über die Weisung zur Anteilsveräußerung hinausgehende Wirkung. Somit ist die Entlastung inhaltlich noch von der angekündigten Tagesordnung gedeckt.

Bearbeitungshinweise: Dieses Argument kann nur von weit über dem Durchschnitt liegenden Bearbeitern erwartet werden. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur der Entlastung ist an dieser Stelle noch entbehrlich. Hierzu unter I. 6.

cc) Zwischenergebnis

Die Formalien der Einladung zur Gesellschafterversammlung sind gewahrt.

2. Beschränkungen von Teilnahmerechten der A-GmbH

A macht geltend, wegen Fehlens eines Klingelschilds an der Teilnahme gehindert worden zu sein. Als Geschäftsführer der C-GmbH hat A zwar kein eigenes Teilnahmerecht.¹⁸ Die A-GmbH, vertreten durch ihren Geschäftsführer A, könnte aber in ihren Mitgliedschaftsrechten (§§ 47 f. GmbHHG) verletzt worden sein, da ihr Geschäftsführer A durch das Fehlen eines Klingelschilds am Versammlungsort an der effektiven Wahrnehmung des Teilnahmerechts gehindert worden sein könnte.

Bearbeitungshinweis: An dieser Stelle kommt es – wie so oft in der juristischen Fallbearbeitung – nicht allein auf das Kennen der einschlägigen Rechtsprobleme, sondern auch auf saubere juristische Argumentation an. Einige Bearbeiter taten sich an dieser Stelle mit für sich genommen schönen Ausführungen zu den Sorgfaltspflichten der Geschäftsführung gem. § 43 GmbHHG hervor, versäumten es aber, eine Verbindung zu den Mitgliedsrechten der A-GmbH zu knüpfen.

Eine solche Argumentation mutete jedoch merkwürdig an. Zwar handelt es sich um einen erst vor Kurzem neu bezogenen Gesellschaftssitz, aber immerhin ist A Mit-Geschäftsführer der C-GmbH. Er hätte vier Wochen Zeit gehabt, sich mit den neuen Geschäftsräumen vertraut zu machen und eventuell selbst um Klingelschild und Briefkasten zu kümmern. Der Einwand kann also nicht überzeugen.

¹³ So die Einschätzung von *Liebscher* (Fn. 10), § 51 Rn. 33 m.w.N.

¹⁴ So *Liebscher* (Fn. 10), § 51 Rn. 33, der dem Leser allerdings nicht verrät, was unter dem Zweck zu verstehen ist, wenn es nicht die Gegenstände der Beschlussfassung sind.

¹⁵ Sog. „Schutz vor Überrumpelung“, siehe BGH, Urt. v. 25.11.2002 – II ZR 69/01, unter III.1.b., Rn. 23 (juris).

¹⁶ Vgl. *Zöllner/Noack*, in: Beck'scher Kurz-Kommentar zum GmbHHG, 22. Aufl. 2019, § 46 Rn. 41, zur Entlastung i.S.d. § 46 Nr. 5 Fall 3 GmbHHG: Die Gesellschaft werde „mit solchen Ansprüchen ausgeschlossen, die für das entlastende Organ auf Grund der Rechenschaftslegung samt aller zugänglich gemachten Unterlagen bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt erkennbar waren“.

¹⁷ Vgl. *Liebscher* (Fn. 10), § 46 Rn. 133: Einer Weisung i.S.d. § 37 GmbHHG komme „grundsätzlich haftungsaus-schließenden Wirkung“ zu.

¹⁸ Hierzu die umfassende Begründung von *Liebscher* (Fn. 10), § 48 Rn. 47.

Bearbeitungshinweis: Der Einwand des fehlenden Klingelschildes kann auch schon oben bei den Formalia der Einladung unter II. 1. d) aa) geprüft werden, denn man könnte es auch als inhaltlichen Fehler der Einladung betrachten, wenn an einen unauffindbaren Ort eingeladen wird.

3. Versammlungsleitung durch C

Die Versammlungsleitung durch C (als einziger Teilnehmer) könnte gegen § 10 S. 4 der Gesellschaftssatzung verstoßen, denn danach „ist Versammlungsleiter der dienstälteste Geschäftsführer der Gesellschaft“, sofern die Gesellschafterversammlung hierüber keine andere Bestimmung trifft. Nicht C, sondern A ist dienstältester Geschäftsführer.

Bearbeitungshinweis: Die Aufgabensteller referieren gerne die Argumente der Parteien, um den Bearbeitern – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – Hinweise auf die zu erörternden rechtlichen Gesichtspunkte zu erteilen. Soweit die Argumente neue Fakten enthalten (hier: die Eigenschaft von A als dienstältester Geschäftsführer der C-GmbH), ergibt sich die klausurtechnische Schwierigkeit zu beurteilen, ob diese Fakten für die Falllösung mangels gegenteiliger Anhaltspunkte als wahr unterstellt werden können. In der Praxis des Zivilprozesses hilft hier die Regelung des § 138 Abs. 3 ZPO („Tatsachen, die nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Partei hervorgeht“) i.V.m. § 288 ZPO („Gerichtliches Geständnis“). Der Vermerk „unstreitig“ im Sachverhalt spielt hierauf an.

Eine verständige Auslegung der Satzung gemäß den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB kann indessen nur zum Ergebnis führen, dass dem dienstältesten der anwesenden Geschäftsführer die Leitung zukommt. Anderenfalls hätte diejenige Gesellschafterfraktion, die den dienstältesten Geschäftsführer stellt oder mit ihm verbunden ist, eine Blockademöglichkeit, die mit dieser Regelung nicht bezweckt gewesen sein kann. Zudem ließe sich argumentieren, dass die Satzungsklausel einen Vorbehalt zugunsten einer anderweitigen Bestimmung durch die Gesellschafterversammlung enthält. Da die B-GmbH, vertreten durch C, einzig anwesende Gesellschafterin war, lässt sich Cs (alternativlose!) Entscheidung, die Versammlungsleitung zu übernehmen, als Beschluss der Gesellschafterversammlung deuten. Diesem Beschluss ließe sich nicht entgegenhalten, dass er nicht in der Einladung angekündigt war, denn die Wahl eines Versammlungsleiters gehört zu jeder Versammlung, soweit keine entgegenstehende Satzungsregelung greift, wie jeder Gesellschafter ja auch an § 10 S. 4 der Satzung ablesen kann. Bezüglich des Beschlussgegenstands „Wahl der Versammlungsleitung“ ist also keine Überraschung/Überrumpelung denkbar, vor der die rechtzeitige Bekanntmachung eines entsprechenden Tagesordnungspunktes schützen müsste.

Bearbeitungshinweis: Mindestens ebenso gut könnte man hier auch anders argumentieren. Die Satzungsbestimmung über die Versammlungsleitung ist vorliegend gar nicht

einschlägig, denn sie setzt offensichtlich voraus, dass mehrere Personen anwesend sind und ein Bedarf nach Leitung besteht.

4. Beschlussfähigkeit

Ein Gesellschafterbeschluss ist fehlerhaft, wenn die Gesellschafterversammlung nicht beschlussfähig war. Der Umstand, dass auf der Versammlung vom 11.2. nur eine der beiden Gesellschafterinnen, die B-GmbH, vertreten durch C, anwesend war, gibt Anlass zu der Frage, ob die Versammlung möglicherweise beschlussunfähig war. Allerdings enthält das GmbHG keine Vorgaben für die Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung; auch das Aktienrecht sieht nur für den Aufsichtsrat entsprechende Mindestvorgaben vor (§ 108 Abs. 2 AktG), nicht aber für die Hauptversammlung, die möglicherweise analog anwendbar wären. Darüber, ob die Satzung der C-GmbH Regelungen über die Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung enthält, macht der Sachverhalt keine Angaben. Es kann also nicht davon ausgegangen werden. Gegen die Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung bestehen somit keine Bedenken.

5. Rechtmäßigkeit der „Bestätigung“

a) Formale Rechtmäßigkeit

Die „Bestätigung“ von Gesellschafterbeschlüssen ist ein Konzept des Aktienrechts, das im Vergleich zu einer Neuvernahme Erleichterungen und Rechtssicherheit bringt. Es ist auf die GmbH analog anwendbar.¹⁹ Analog § 244 AktG setzt die „Bestätigung“ eines Beschlusses der GmbH-Gesellschafterversammlung voraus, dass dieser Beschluss wirksam (und anfechtbar) ist. Ein nichtiger Beschluss kann nicht bestätigt werden.²⁰ Der Bestätigungsbeschluss vom 11.2. könnte also fehlerhaft sein, wenn der bestätigte Umlaufbeschluss nichtig war. Darauf, ob dies im Hinblick auf das fehlerhafte Verfahren der Fall ist, werden wir unten bei Frage 2 (unter I. 1.) noch näher eingehen. An dieser Stelle kann die Frage der Nichtigkeit des bestätigten Beschlusses noch offenbleiben. Der „Bestätigungsbeschluss“ dürfte sich in diesem Fall entsprechend dem mutmaßlichen Willen der Gesellschafter nämlich ohne Weiteres in eine Neuvernahme des Beschlusses umdeuten lassen (vgl. § 140 BGB), weil die Besonderheiten, die einen Bestätigungsbeschluss gegenüber einer Neuvernahme auszeichnen – erleichterte Voraussetzungen und Vermeidung einer doppelten Vernehmung der beschlossenen Maßnahme – vorliegend keine Rolle spielen.

¹⁹ Z.B. *Altmeyden* (Fn. 4), Anh. § 47 Rn. 65.

²⁰ Vgl. *Hüffer/Schäfer*, in: Münchener Kommentar zum AktG, 5. Aufl. 2021, § 244 Rn. 6: „Schließlich kann nur der anfechtbare Beschluss bestätigt werden. Nichtigkeit des Erstbeschlusses lässt sich nur durch Heilung (§ 242 [AktG]), nicht durch Bestätigung beheben. Das folgt aus dem Wortlaut des § 244 S. 1 [AktG]. Die Fälle sind auch nicht vergleichbar, sodass eine analoge Anwendung der Vorschrift ebenfalls ausscheidet“; so auch *Römermann*, in: Michalski, Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2017, Anh. § 47 Rn. 373, mit Verweis auf die h.M.

b) *Inhaltliche Rechtmäßigkeit*

Die andere Frage ist, ob der Bestätigungsbeschluss inhaltlich rechtmäßig ist. Da er auf die Aufrechterhaltung des Umlaufbeschlusses gerichtet ist, würden etwaige inhaltliche Mängel der im Wege des Umlaufbeschlusses an die Geschäftsleitung erteilten Weisung zur Anteilsveräußerung auf den Bestätigungsbeschluss durchschlagen. Entsprechende Mängel waren aber nicht erkennbar (siehe oben I. 2. a).

Widersetzte sich die Geschäftsleitung der verbindlichen Weisung, bedeutete dies einen Verstoß gegen ihre Folgepflicht²¹ mit der Konsequenz, dass eine Kündigung der jeweiligen Anstellungsverträge aus wichtigem Grund möglich wäre (zur Abberufung siehe unter 7.). Zudem würde sie sich etwaigen Schadensersatzansprüchen aussetzen.

6. *Rechtmäßigkeit der „Entlastung“*

Die Gesellschafterversammlung hat den Geschäftsführern im Voraus „Entlastung“ für die Veräußerung der Beteiligung erteilt. Nach § 46 Nr. 5 Var. 3 GmbHG ist die Gesellschafterversammlung für die „Entlastung“ der Geschäftsführer zuständig. Die am 11.2. beschlossene „Entlastung“ ist allerdings keine Entlastung i.S.d. § 46 Nr. 5 Var. 3 GmbHG (oben II. 1. d) bb) zur ausreichenden Benennung des Beschlussgegenstands), die sich typischerweise auf Vorgänge in der Vergangenheit bezieht.²²

Dennoch bestehen keine Zweifel an der Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung. Eine „Entlastung“ im Voraus kann nämlich regelmäßig als Weisung²³ (§ 37 Abs. 1 Var. 2 GmbHG) oder, wenn sie wie hier begleitend zu einer separaten Weisung erteilt wird, als unselbstständige, flankierende Vertrauenskundgabe („Rückendeckung“) verstanden werden.²⁴

²¹ Hierzu *Mennicke*, NZG 2000, 622 (624).

²² Z.B. *K. Schmidt*, in: Scholz, Kommentar zum GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 46 Rn. 87; *Liebscher* (Fn. 10), § 46 Rn. 133: Eine „Billigung der Geschäftsführung im Voraus etwa hinsichtlich bestimmter, noch vorzunehmender Geschäftsführungsmaßnahmen“ sei „keine Entlastung“; *Schindler*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum GmbHG, 47. Ed., Stand: 1.11.2020, § 46 Rn. 66, der darauf hinweist, dass anderenfalls die für die entscheidende Präklusionswirkung erforderliche Kenntnis der Gesellschafterversammlung denknotwendig ausgeschlossen sei. Siehe auch BGH, Urt. v. 15.12.1975 – II ZR 17/74, Rn. 26 (juris), wo der *Senat* ausdrücklich erklärt, dass eine Entlastung ausschließlich für die Vergangenheit erklärt werden kann: „Dabei ist es gleichgültig, ob die Geschäftsführer, wie dem Wortlaut des Beschlusses („ermächtigt“) entspräche, noch einen Spielraum für eigenverantwortliches Handeln haben sollten oder ob die Gesellschafter, wie die Revision meint, sie in Wirklichkeit angewiesen haben, das Darlehen zu den beschlossenen Bedingungen auszuzahlen“.

²³ *Liebscher* (Fn. 10), § 46 Rn. 133: Eine „Rückendeckung“ für noch vorzunehmende Maßnahmen“ stelle „regelmäßig eine Weisung i.S.d. § 37 [GmbHG] dar, der grundsätzlich haftungsausschließende Wirkung zukomme“.

²⁴ Vgl. *K. Schmidt* (Fn. 22), § 46 Rn. 87: „Wird über eine Billigung im Voraus beschlossen, so ist dies im rechtstechni-

Die Rechtmäßigkeit der „Entlastung“ orientiert sich daher an den für Weisungen geltenden Maßstäben (oben 5. b). Schon deshalb greift das Argument des A, die Entlastung bewirke eine (rechtswidrige) Ungleichbehandlung der Geschäftsführer („Geschmäcke“), weil C allein davon profitiere, ins Leere, denn die Weisung richtet sich gleichmäßig an alle Geschäftsführer („Der Geschäftsführung wird der Auftrag erteilt [...]“).

Bearbeitungshinweis: Im Folgenden soll ein Blick auf die Probleme geworfen werden, die anzusprechen gewesen wären, wenn es sich um eine echte Entlastung i.S.d. § 46 Nr. 5 Var. 3 GmbHG gehandelt hätte, insbesondere wenn ihr nicht die Weisung vorausgegangen wäre. Im Normalfall erfasst eine Entlastung die Gesamtheit der Geschäftsführung im zurückliegenden Geschäftsjahr (vgl. § 120 AktG). In dieser Hinsicht könnte eine Entlastung problematisch sein (nachfolgend unter a). Rechtliche Bedenken könnten zudem aus dem Umstand erwachsen, dass lediglich C, nicht aber A von der Entlastung profitieren würde (unter b) und dass C über seine eigene Entlastung abstimmen würde (unter c).

a) *Atypische Entlastung für eine einzelne Maßnahme*

Anders als i.R.d. § 120 Abs. 1 AktG²⁵ nimmt die wohl h.M.²⁶ bei § 46 Nr. 5 Var. 3 GmbHG an, dass auch eine Entlastung für einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen zulässig ist. Im Aktienrecht ermöglicht es die alljährliche Entlastung den Aktionären, ihre allgemeine Unzufriedenheit mit dem Handeln des Vorstands kundzutun. Demgemäß spricht § 121 Abs. 2 S. 1 AktG von der (gesamten) „Verwaltung“ der AG, die Gegenstand der Entlastung sein soll, wobei ein Verzicht auf Ersatzansprüche dort nicht vorgesehen ist (§ 120 Abs. 2 S. 2 AktG). Die Entlastung für Einzelmaßnahmen würde diesem Regelungszweck nicht gerecht. Im GmbH-Recht hingegen hat die Entlastung grundsätzlich Präklusionswirkung für (bei Beschlussfassung bekannte) Schadensersatzansprüche gegen die Geschäftsführer. Eine Entlastung hinsichtlich einzelner Maßnahmen ermöglicht es, einzelne Maßnahmen haftungsrechtlich aufzuarbeiten und abzuschließen und ist damit sinnvoll. Sie bildet damit das „zeitlich nachgeordnete Gegenstück [...] der Weisung“.²⁷

schen Sinne keine Entlastung, wohl aber können die Gesellschafter dem Geschäftsführer im Rahmen ihrer Überwachungsaufgaben (§ 46 Nr. 6) Rückendeckung und sogar Weisungen wegen bevorstehender Maßnahmen geben“.

²⁵ Vgl. insoweit z.B. OLG Düsseldorf, Urt. v. 22.2.1996 – 6 U 20/95, Rn. 40 (juris), zur AG: „Sie [die Entlastung nach § 120 AktG] erschöpft sich in der allgemeinen Billigung der Arbeit des Vorstandes und des Aufsichtsrats im Rahmen der Geschäftsführung und Vertretung für die Dauer der zurückliegenden Entlastungsperiode und bringt gleichzeitig einen Vertrauensbeweis für die künftige Amtsperiode zum Ausdruck, sofern eine solche in Betracht kommt“.

²⁶ So die Einschätzung von *Liebscher* (Fn. 10), § 46 Rn. 133 m.w.N.; ebenso *Altmeyen* (Fn. 4), § 46 Rn. 60.

²⁷ *Sigle*, DStR 1992, 469 (470).

b) *Bevorzugung des Mitgeschäftsführers C*

Eine echte Entlastung (ohne gleichzeitige Weisung) unterstellt, hülfe diese möglicherweise ausschließlich dem C, weil Mitgeschäftsführer A an der Anteilsübertragung wohl nicht teilnehmen wird, wenn man diese hypothetische Sachverhaltskonstellation konsequent zu Ende denkt. In der ungleichen Wirkung einer formal gleichmäßig an alle Geschäftsführer gerichteten Entlastung läge aber keine, sachlich nicht begründete und daher treuwidrige und unzulässige Ungleichbehandlung. Es liegt in der Natur der Sache, dass nur diejenigen von der Entlastung profitieren, die die Maßnahme, von der entlastet werden soll, zu verantworten haben. Zulässig wäre es in solchen Fällen sogar, die (echte) Entlastung im Beschluss explizit auf den betroffenen Geschäftsführer zu beschränken, denn es handelt sich um einen erheblichen Differenzierungsgrund.²⁸

c) *Stimmverbot*

Problematisch wäre schließlich, dass C sich durch seine Teilnahme an der Beschlussfassung selbst entlasten würde. In Betracht käme ein Stimmrechtsausschluss gemäß § 47 Abs. 4 S. 1 Var. 2 GmbHG. Diese Vorschrift erfasst auch die Stimmrechtsausübung für andere („[...] und darf ein solches auch nicht für andere ausüben.“), sodass der Umstand, dass C in der Gesellschafterversammlung der C-GmbH nur das Stimmrecht der B-GmbH ausübt, die er als Geschäftsführer (auch) dieser Gesellschaft vertritt, unschädlich ist. Zwar ist die Regelung nach ihrem Wortlaut nur auf „Gesellschafter“ anwendbar, es entspricht jedoch allgemeiner Meinung²⁹, dass sie in Fällen, in denen ein Organ einer Gesellschafter-Gesellschaft dem gleichen Interessenkonflikt ausgesetzt ist wie ein Gesellschafter, entsprechende Anwendung findet. Auch in der hiesigen Konstellation bestünde die Gefahr, dass C bei der Abstimmung über seine eigene Entlastung zum Nachteil der C-GmbH ebenso wenig frei und unbefangenen agieren würde, wie wenn er ein eigenes Stimmrecht ausüben würde. In sinngemäßer Anwendung des § 47 Abs. 4 S. 1 GmbHG wäre C daher von der Teilnahme an der Abstimmung über seine Entlastung ausgeschlossen gewesen.³⁰

Der Verstoß gegen ein Stimmverbot macht den Beschluss nicht nichtig, sondern lediglich anfechtbar. Dies gälte auch im hier einschlägigen Sonderfall eines „stimmlosen Beschlusses“,

²⁸ Vgl. *Liebscher* (Fn. 10), § 46 Rn. 133: „Bestehen zwingende Differenzierungsgründe, muss die Entlastung [nach Geschäftsführern] getrennt erteilt werden“.

²⁹ So *Schindler* (Fn. 22), § 47 Rn. 139 m.w.N.

³⁰ Unterschiedlich beurteilt wird in diesem Fall, ob der Stimmrechtsausschluss von C auf die B-GmbH insgesamt durchschlägt, d.h. die B-GmbH auch niemand anderes zur Stimmabgabe entsenden könnte. Nach wohl überwiegender Meinung ist dies nur dann anzunehmen, wenn das betroffene Organ eine herrschende Rolle in der Gesellschaft innehat (z.B. *Drescher*, in: Münchener Kommentar zum GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 47 Rn. 194); nach a.A. soll es hierauf nicht ankommen (*Zöllner/Noack* [Fn. 16], § 47 Rn. 100; *Ebenroth/Müller*, GmbHR 1991, 237 [238]).

wenn der Beschluss mit nur einer Stimme zustande gekommen ist und diese vom Stimmverbot betroffen ist.³¹

Bearbeitungshinweis: Der Name „C-GmbH“ mag suggerieren, dass C in dieser Gesellschaft über seine Rolle als „Vorsitzender“ der Geschäftsleitung hinausgehend besonderen Einfluss genießt. Denkbar wäre etwa eine mittelbare Mehrheitsbeteiligung, falls er die Mehrheit der Anteile der B-GmbH innehaben sollte. Der Name der B-GmbH spricht nicht zwingend dagegen. Solche Überlegungen sind aber spekulativ. Die Bearbeiter sollten sich nicht von Namen verwirren lassen, sondern bei den im Sachverhalt berichteten Fakten bleiben.

7. *Rechtmäßigkeit der Abberufung des A als Mitgeschäftsführer der C-GmbH*

A macht geltend, seine Abberufung als Geschäftsführer sei ohne stichhaltigen Grund erfolgt. Es steht daher im Raum, dass die Maßnahme rechtswidrig gewesen sein könnte.

Mangels anderer Vereinbarungen in der Satzung ist die Stellung als Geschäftsführer jederzeit und frei von Gründen widerruflich (§ 38 Abs. 1 GmbHG). Dieser Grundsatz sichert die Weisungsbefugnis der Gesellschafterversammlung und das Vertrauensverhältnis zwischen Geschäftsleitung und Gesellschafterversammlung ab.³² Einzige Ausnahmen hiervon begründen das Schikaneverbot gem. § 226 BGB bzw. vorsätzliche sittenwidrige Schädigungen gem. § 826 BGB³³. Anhaltspunkte hierfür oder für eine anderweitige Regelung in der Satzung (§ 38 Abs. 2 GmbHG) bestehen nicht. Die etwaige außerordentliche Kündigung eines etwaigen Anstellungsvertrags, für die nach § 626 BGB allerdings ein wichtiger Grund erforderlich wäre, ist hier nicht Gegenstand des Streits.

Gesamtergebnis zu Frage 1

Die Beschlussfassung im Umlaufverfahren war mangels Zustimmung der A-GmbH unzulässig. Die Beschlussfassung vom 11.2. ist nur dann rechtswidrig, wenn man der Auffassung folgt, dass mit einer Postlaufzeit von mehr als einem Tag zu rechnen ist. Im Übrigen sind keine Rechtsverstöße erkennbar.

Frage 2: Rechtsbehelfe

Als Rechtsbehelfe gegen fehlerhafte Beschlüsse der GmbH-Gesellschafterversammlung kommen Nichtigkeits- und Anfechtungsklage analog den Vorschriften des Aktiengesetzes (§§ 241–249 AktG) in Betracht.³⁴ Nachfolgend werden die Erfolgsaussichten dieser Klagen überprüft.

³¹ Z.B. *Drescher* (Fn. 30), § 47 Rn. 216; siehe auch *Semler*, NZG 2004, 881, zu einer rechtsformübergreifenden Darstellung dieses Problems.

³² *Beurskens*, in: Beck'scher Kurz-Kommentar zum GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 38 Rn. 2.

³³ *Beurskens* (Fn. 32), § 38 Rn. 2.

³⁴ Z.B. *Römermann* (Fn. 20), Anh. § 47 Rn. 8 ff.

Bearbeitungshinweis: In der Gerichtspraxis werden regelmäßig Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage gleichzeitig erhoben, wobei die Feststellung der Nichtigkeit nur hilfsweise beantragt wird. Die Subsidiarität der Nichtigkeitsklage erscheint kontraintuitiv; das dahinter stehende Kalkül hängt aber mit dem prozessualen Kostenrisiko zusammen. Da die Nichtigkeitsklage nur bei besonders schweren Rechtsverstößen erfolgreich ist, ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie abgewiesen wird, recht hoch. Selbst wenn der Kläger hilfsweise noch Antrag auf Nichtigkeitsklärung (Anfechtungsklage) stellen würde und dieser erfolgreich wäre, hätte der Kläger wegen seines teilweisen Unterliegens bezüglich des Hauptantrags auf Feststellung der Nichtigkeit einen Teil der Prozesskosten zu übernehmen (§ 92 ZPO). Um dies zu verhindern, stellt der Kläger primär den Anfechtungsantrag auf Nichtigkeitsklärung (= Vernichtung) und nur hilfsweise, unter der Bedingung, dass die Prüfung des Anfechtungsantrags ergibt, dass der angefochtene Beschluss bereits nichtig ist, Antrag auf Feststellung seiner Nichtigkeit.

Im Gutachten ist die umgekehrte Reihenfolge angezeigt. Da eine Anfechtung gegenstandslos ist, wenn der Beschluss bereits nichtig ist, sind die Erfolgsaussichten der Nichtigkeitsklage vor denen der Anfechtungsklage zu prüfen. Zur Prüfung der Anfechtungsklage gelangt man nur, wenn die Nichtigkeitsklage unzulässig oder unbegründet ist.

I. Beschluss im Umlaufverfahren: Nichtigkeitsklage

Gegen den Umlaufbeschluss könnte eine Nichtigkeitsklage analog § 249 AktG zulässig und begründet sein. Hierbei handelt es sich der Form nach um eine Feststellungsklage.

1. Statthafte Klageart

In Analogie zum Aktienrecht ist die Nichtigkeitsklage die statthafte Klage zur Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung. Dies führt zu der Frage, ob der Umlaufbeschluss, der in einem unzulässigen Umlaufverfahren gefällt wird, überhaupt ein echter Beschluss ist, der der Nichtigkeit oder Vernichtung zugänglich ist. Denkbar wäre, dass die Willensbildung von vornherein als Beschluss keine Existenz hat. Allerdings ist davon auszugehen, dass C als Initiator des Umlaufverfahrens das Ergebnis der Willensbildung dokumentiert und damit festgestellt hat, zumal er ja die Bestätigung des „Beschlusses“ ausdrücklich auf die Tagesordnung der Gesellschafterversammlung vom 11.2. gesetzt hat. Insofern ist im Interesse der Rechtssicherheit von einem echten Beschluss auszugehen, gegen den ein gesellschaftsrechtlicher Rechtsbehelf zulässig ist. Es erscheint nicht angemessen, A auf die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO zu verweisen. Die Nichtigkeitsklage ist vorliegend also statthaft.

Bearbeitungshinweis: Auch diese Ausführungen können von einem durchschnittlichen Bearbeiter nicht erwartet werden.

2. Klageberechtigung

A ist analog § 249 Abs. 1 S. 1 AktG sowohl in seiner Eigenschaft als Mitglied der Geschäftsführung („Vorstand“) der C-GmbH als auch in seiner Eigenschaft als Allein-Geschäftsführer der A-GmbH, die Gesellschafterin („Aktionär“) der C-GmbH ist, klageberechtigt.³⁵

3. Richtiger Klagegegner

Richtiger Klagegegner ist die Gesellschaft, hier also die C-GmbH, §§ 249 Abs. 1 S. 1³⁶, 246 Abs. 2 S. 1 AktG analog.

4. Zuständiges Gericht

Analog §§ 249 Abs. 1 S. 1, 246 Abs. 3 S. 1 AktG ist zuständiges Landgericht dasjenige, in dessen Bezirk der Sitz der Gesellschaft, hier also der C-GmbH, liegt.

5. Nichtigkeitsgrund

Die fehlende Zustimmung zum Umlaufverfahren kommt im Hinblick auf seine Schwere einem Nichtigkeitsgrund nach § 241 Nr. 1 AktG gleich. Es gab hier nicht etwa nur eine fehlerhafte Einberufung zu einer Versammlung, sondern überhaupt keine Einberufung (Erst-Recht-Schluss). Der Beschluss ist daher nichtig und eine Nichtigkeitsklage analog § 249 AktG begründet.

6. Zwischenergebnis

Sowohl A als auch die A-GmbH, vertreten durch A, können Nichtigkeitsklage gegen den Beschluss im Umlaufverfahren erheben.

Bearbeitungshinweis: Da die Nichtigkeitsklage erfolgreich ist, kommt eine nachfolgende Prüfung der Anfechtungsklage, die bloß auf die Vernichtung des bereits ipso iure nichtigen Beschlusses gerichtet sein könnte, allenfalls im Rahmen eines Hilfsgutachtens in Betracht. Ein solches Gutachten erscheint an dieser Stelle entbehrlich, zumal der Aufgabensteller den Bearbeitern nachfolgend bei II. 2. noch ausreichend Gelegenheit bietet, ihr Know-How zur Anfechtungsklage darzustellen.

³⁵ Zur Klageberechtigung der GmbH-Gesellschafter z.B. *Leinekugel*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum GmbHG, 47. Ed., Stand: 1.2.2021, Anh. § 47 Rn. 195 ff.

³⁶ § 249 Abs. 1 S. 1 AktG erklärt viele Regelungen der Anfechtungsklage in Bezug auf die Nichtigkeitsklage für entsprechend anwendbar. Um der Gesetzessystematik gerecht zu werden, ist es erforderlich, für Normen, die lediglich entsprechend angewendet werden, diese Überleitungsvorschrift stets mit anzugeben. Diese Vorgehensweise verhindert auch, dass es zur irrtümlichen Anwendung solcher Normen kommt, die von der Verweisung nicht erfasst sind.

II. Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung vom 11.2.

1. Nichtigkeitsklage

Die erfolgreiche Nichtigkeitsklage gegen die Beschlüsse vom 11.2. setzt voraus, dass auch in diesen Beschlüssen ein Nichtigkeitsgrund verwirklicht ist.

a) Unzureichende Einladungsfrist

Sofern man vertritt, dass die Einladungsfrist nicht gewahrt wurde, könnte dies einen Nichtigkeitsgrund darstellen. Aus § 51 Abs. 3 GmbHG lässt sich ableiten, dass „nicht ordnungsgemäß“ einberufene Versammlungen keine Beschlüsse fassen können, was nichts anderes bedeuten kann, als dass solche Beschlüsse nichtig sind. § 51 Abs. 3 GmbHG wird allerdings nicht als selbstständiger Nichtigkeitsgrund, sondern ausschließlich als Regelung für die Heilung nichtiger Gesellschafterbeschlüsse begriffen.³⁷ Die Nichtigkeit der Beschlüsse selbst wird – wie das übrige Beschlussanfechtungsrecht der GmbH – aus einer Analogie zum Aktienrecht abgeleitet. Für die Nichtigkeit von Beschlüssen der GmbH-Gesellschafterversammlung ist daher primär § 241 AktG (analog) einschlägig.

Bearbeitungshinweis: Auch diese Erkenntnis kann in aller Regel nicht erwartet werden. Wenn die Bearbeiter die Nichtigkeit aus § 51 Abs. 3 GmbHG ableiten wollen, ist dies in Ordnung (siehe auch unten Fn. 41). Der Wortlaut der Vorschrift ist insoweit offen.

Die Einhaltung der Einladungsfrist gehört nicht zu den Formalien, auf die der Nichtigkeitsgrund des § 241 Nr. 1 AktG, der sich mit Einberufungsmängeln beschäftigt, verweist (§§ 121 Abs. 2, Abs. 3 S. 1 oder Abs. 4 AktG). Allerdings wenden der BGH und die h.M. § 241 Nr. 1 AktG analog an, „wenn die Ladung an derart schwerwiegenden Form- und Fristmängeln leidet, dass dem Gesellschafter eine Teilnahme faktisch unmöglich gemacht wird.“³⁸ Von einem derart schweren Fristmangel ist vorliegend, wo A noch sechs Tage verblieben, aber nicht auszugehen. Dafür spricht nicht zuletzt der Umstand, dass A offenbar noch genügend Zeit verblieb, sich zum Versammlungsort aufzumachen. Ein die Nichtigkeit begründender Mangel ist also nicht anzunehmen.

³⁷ In diesem Sinne *Liebscher* (Fn. 10), § 51 Rn. 55–58 und auch der II. Senat des BGH in seinem Urt. v. 25.11.2002 – II ZR 69/01, wo es im 3. Leitsatz heißt: „Die in der Vollversammlung der Gesellschafter einer GmbH erst nach der Abstimmung über einen Gesellschafterbeschluss erhobene Rüge eines Einberufungs- oder Ankündigungsmangels (§ 51 Abs. 2, Abs. 4 GmbHG) genügt nicht, um die Heilungswirkung des § 51 Abs. 3 GmbHG auszuschließen“ [*Hervorhebung* durch die Verf.]. Welche *Hervorhebung*?

³⁸ *Liebscher* (Fn. 10), § 51 Rn. 48, u.a. unter Berufung auf BGH, Urt. v. 13.2.2006 – II ZR 200/04 = NZG 2006, 349; *Altmeyen* (Fn. 4), § 51 Rn. 19 f.

b) Unzureichende Benennung des Beschlussgegenstands

Nach der hier vertretenen Auffassung wurde der Beschlussgegenstand in der Einladung ausreichend bezeichnet (oben Frage 1, II. 1. d) bb). Nach gegenteiliger Ansicht des OLG München³⁹ hat die unzureichende Benennung des Beschlussgegenstands der Entlastung sogar die Nichtigkeit des Beschlusses zur Folge. Das Gericht beruft sich dazu zu Unrecht auf BGH, Urt. v. 29.5.2000 – II ZR 47/99.⁴⁰ In der dortigen Entscheidung ging es nämlich um den Beschluss des Verwaltungsrates einer Sparkasse, nicht um einen Gesellschafterbeschluss. Für Gesellschafterbeschlüsse gelten die §§ 241 ff. AktG analog. Richtigerweise führt eine mangelhafte Bezeichnung des Beschlussgegenstands auf der Tagesordnung, falls man diese hier bejahen sollte, nicht zur Nichtigkeit, sondern allenfalls zur Anfechtbarkeit des Beschlusses. Der in § 241 Nr. 1 AktG enthaltene Verweis auf die Nichtigkeit begründende Einladungsmängel bezieht sich gerade nicht auf die Ankündigung der Tagesordnung. § 241 Nr. 1 AktG verweist ausdrücklich nur auf Satz 1 des § 121 Abs. 3 AktG, nicht aber auf Satz 2, der sich explizit auf die Tagesordnung bezieht („Zudem ist die Tagesordnung anzugeben“).⁴¹

c) Zwischenergebnis

Eine Nichtigkeitsklage gegen die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung ist mangels einschlägiger Gründe nicht statthaft.

2. Anfechtungsklage

Allerdings könnte eine Anfechtungsklage zulässig und begründet sein.

³⁹ OLG München, Urt. v. 29.3.2018 – 7 U 1509/18, Rn. 70 (juris).

⁴⁰ BGH, Urt. v. 29.5.2000 – II ZR 47/99 = ZIP 2000, 1336.

⁴¹ *Hillmann*, in: Henssler/Strohn, Kommentar zum Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 51 Rn. 22; vgl. auch *Liebscher* (Fn. 10), § 51 Rn. 52 m.w.N.: „Auch die fehlende oder ungenaue Ankündigung der Beschlussgegenstände führt lediglich zur Anfechtbarkeit der in der Versammlung gefassten Beschlüsse“. Etwas anderes würde gelten, wenn man § 51 Abs. 3 GmbHG als selbstständigen Nichtigkeitsgrund anerkennen wollte (vgl. oben Abschnitt II. 1. a). § 51 Abs. 4 GmbHG ordnet für die unterlassene und nicht nachgeholte Mitteilung der Tagesordnung nämlich dieselbe Rechtsfolge an („Das gleiche gilt...“), die gem. § 51 Abs. 3 GmbHG für fehlerhaft einberufene Gesellschafterversammlungen gilt (Beschlussunfähigkeit mit der Folge, dass dennoch gefasste Beschlüsse nichtig sind). Damit wäre ein – nicht auf das Aktienrecht übertragbarer – spezieller Nichtigkeitsgrund im GmbH-Recht denkbar. Dies ließe sich dogmatisch auch mit den gegenüber der Hauptversammlung weitergehenden Rechten und einer insgesamt machtvolleren Stellung der Gesellschafterversammlung begründen. Wird in ein Mehr an Rechten eingegriffen, ist es naheliegend, hieran auch schwerere Sanktionsfolgen zu knüpfen.

*a) Zulässigkeit**aa) Statthafte Klageart*

Die Anfechtungsklage ist die statthafte Klageart, um Gesellschafterbeschlüsse für nichtig erklären zu lassen (vgl. § 241 Nr. 5 AktG).

bb) Zuständiges Gericht

Auch die Anfechtungsklage ist analog § 246 Abs. 3 S. 1 AktG bei dem Landgericht zu erheben, in dessen Bezirk sich der Sitz der C-GmbH befindet.

cc) Richtiger Klagegegner

Richtiger Klagegegner der Anfechtungsklage ist analog § 246 Abs. 2 S. 1 AktG wie bei der Nichtigkeitsklage wiederum die Gesellschaft, hier also die C-GmbH.

Bearbeitungshinweis: Die Anfechtungsfrist ist nicht als Prozessvoraussetzung zu verstehen, sondern ihr kommt materielle Präklusionswirkung zu. Sie ist daher in der Begründetheit zu prüfen (siehe unten lit. b sublit. bb).⁴² Im Gutachten braucht dieser Aufbau nicht besonders begründet zu werden; der Aufbau spricht für sich selbst.

*b) Begründetheit**aa) Anfechtungsbefugnis*

Die Anfechtungsklage steht analog § 245 Nr. 2 AktG auch solchen Gesellschaftern zu, die nicht auf der Versammlung vertreten waren, wenn die Versammlung nicht ordnungsgemäß einberufen wurde. Dies betrifft hier die A-GmbH. Anders als bei der Nichtigkeitsklage steht Geschäftsführern, hier also A selbst, bei lediglich anfechtbaren Beschlüssen kein Anfechtungsrecht zu.⁴³

bb) Anfechtungsfrist

Anders als im Aktienrecht gilt nicht die starre Frist des § 246 Abs. 1 AktG, sondern eine „nach den Umständen des Einzelfalls bemessene angemessene Anfechtungsfrist“.⁴⁴ Liegen

keine besonderen Umstände vor, gilt in der Regel aber auch hier die Monatsfrist. Der Sachverhalt enthält keine Angaben darüber, ob diese Frist noch gewahrt werden kann.

Bearbeitungshinweis: Sollten die übrigen Voraussetzungen für die Begründetheit vorliegen, muss dieser Punkt wieder aufgegriffen werden. Dann ist im Ergebnis festzuhalten, dass der Rechtsbehelf der Anfechtungsklage erfolgreich ist, sofern die Anfechtungsfrist eingehalten wird.

cc) Anfechtungsgrund

Die Begründetheit der Anfechtungsklage setzt zudem das Vorliegen eines Anfechtungsgrunds voraus. Dazu ist nach § 243 AktG analog ein Satzungs- oder Gesetzesverstoß (Abs. 1) oder das Erstreben eines verbotenen Sondervorteils erforderlich. Nach der hier vertretenen Lösung (oben Frage 1, II.) sind weder Rechtsverstoß noch Sondervorteil ersichtlich.

Allein dann, wenn man nach vertretbarer Ansicht (oben Frage 1, II. 1. c) die Einladungsfrist für die Gesellschafterversammlung als unterschritten ansehen wollte, könnte eine Gesetzesverletzung i.S.d. § 243 Abs. 1 AktG (analog) vorliegen, wobei die Rechtsprechung bei formalen Verstößen zusätzlich zur Rechtswidrigkeit die Relevanz des Verstoßes für die Abstimmung verlangt.

Bearbeitungshinweis: Mit der im Wege richterlicher Rechtsfortbildung entwickelten Beschränkung der Anfechtbarkeit auf relevante Verfahrensverstöße strebt der BGH einen schonenden Ausgleich zwischen Rechtssicherheit einerseits und effektiven Verfahrensrechten andererseits an. Es wäre ein für den Rechtsverkehr schwer erträglicher Zustand, wenn jeder Verfahrensverstoß den gefassten Beschlüssen automatisch ihre Wirksamkeit rauben würde, selbst wenn eine tatsächliche Auswirkung auf die Willensbildung ausgeschlossen wäre. Gleichwohl liegen den Verfahrensvorschriften des AktG Schutzüberlegungen zugrunde, die leerließen, würde man das Merkmal der Relevanz eng auslegen und stets den Nachweis der Ursächlichkeit des Verstoßes für das Abstimmungsergebnis fordern. Als Kompromiss ist „für die Nichtigerklärung bei einem Gesetzes- oder Satzungsverstoß nach § 243 Abs. 1 AktG die Relevanz des Verfahrensverstoßes für das Mitgliedschafts- bzw. Mitwirkungsrecht eines objektiv urteilenden Aktionärs maßgebend, insbesondere auch des in der Abstimmung unterlegenen Minderheitsaktionärs, im Sinne eines dem Beschluss anhaftenden Legitimationsdefizits, das bei einer wertenden, am Schutzzweck der verletzen Norm orientierten Betrachtung die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit gem. § 243 Abs.1 AktG rechtfertigt“ (BGH, Urt. v. 10.10.2017 – II ZR 375/15, Rn. 74 [juris]). Die Objektivierung des Maßstabs schützt Minderheitsgesellschafter, in deren Person Verfahrensvorschriften verletzt wurden. Ohne die mit der Vergleichsfigur des objektiv urteilenden Aktionärs eingeführte normative Betrachtung, so wird befürchtet, könnten die Mehrheitsgesellschafter immer argumentieren, sie jedenfalls hätten auch bei Einhaltung der Verfahrensvorschriften in gleicher Weise abgestimmt, so dass sie das potentiell andere Ab-

⁴² Z.B. *Leinekugel* (Fn. 35), Anh. § 47 Rn. 165.

⁴³ *Zöllner/Noack* (Fn. 16), Anh. § 47 Rn. 140: Anders ist dies nur zu beurteilen, wenn es sich um ausführungsbefürdigte Beschlüsse handelt, bei deren Befolgung sich der Geschäftsführer ggf. schadensersatzpflichtig oder strafbar machen könnte. Mit dieser Differenzierung zeigt sich erneut, dass in gesellschaftsrechtlichen Konstellationen im Rahmen der Vorüberlegungen eine saubere Trennung der verschiedenen Beteiligten vorgenommen werden muss. Anderenfalls besteht die Gefahr, von falschen Prämissen auszugehen. Wollte man hier dem A selbst in seiner Funktion als Geschäftsführer der C-GmbH eine Klagebefugnis zukommen lassen, steht und fällt die Klausur damit sicherlich nicht. Aber an anderer Stelle, vor allem dort, wo es um Wertungen und Argumentation geht, muss der richtige Bezugspunkt hergestellt werden, da ansonsten nachvollziehbare Ausführungen kaum geleistet werden können.

⁴⁴ *Leinekugel* (Fn. 35), Anh. § 47 Rn. 166.

stimmverhalten der in ihren Rechten beeinträchtigten Minderheitsaktionäre gar nicht auswirke. Diese Rechtsprechung hat für die Verletzung von Informationsrechten eine positivrechtliche Umsetzung in § 243 Abs. 4 S. 1 AktG erfahren: „Wegen unrichtiger, unvollständiger oder verweigerter Erteilung von Informationen kann nur angefochten werden, wenn ein objektiv urteilender Aktionär die Erteilung der Information als wesentliche Voraussetzung für die sachgerechte Wahrnehmung seiner Teilnahme- und Mitgliedschaftsrechte angesehen hätte.“ Für Bekanntmachungsmängel wiederum (wenn – anders als hier, siehe Frage 1, II. 1. d) bb) – also tatsächlich ein zu fassender Beschluss fehlerhaft nicht angekündigt worden wäre) ist die Relevanz regelmäßig zu bejahen und nur in atypischen Fällen ausgeschlossen (z.B. BGH, Urt. v. 20.9.2004 – II ZR 288/02, [juris]). Dies begründet sich damit, dass § 124 Abs. 4 S. 1 AktG es explizit untersagt, Beschlüsse über nicht angekündigte Gegenstände zu fassen.

Allerdings ist A vorliegend trotz der kurzen Einladungsfrist tatsächlich als Vertreter der A-GmbH zum Tagungsort ange-reist. Dass er die Räumlichkeiten dann an der angegebenen Adresse nicht gefunden hat, ist ein anderes Problem, welches ihm selbst zuzurechnen ist (siehe oben Frage 1, II. 2.).⁴⁵ Weitere Gesellschafter waren von diesem Verstoß nicht beeinträchtigt, denn die B-GmbH wurde von C selbst vertreten. Die Relevanz eines Fristverstoßes wäre daher zu verneinen.

Bearbeitungshinweis: Bearbeiter, die oben (II. 1. d) dd) zu Unrecht einen Verstoß gegen § 51 GmbHG erkannt haben, weil die der Einladung zur Gesellschafterversammlung beigefügte Tagesordnung den Entlastungsbeschluss nicht enthielt, müssten die Relevanz dieses Verstoßes bejahen. Selbst wenn C wild entschlossen gewesen sein sollte, so abzustimmen, wie er es getan hat, und sich mit dem vom ihm repräsentierten 66 %-igen Stimmanteil der B-GmbH durchzusetzen, kann doch nicht ausgeschlossen werden, dass sich ein neutraler, objektivierter Gesellschafter von den Argumenten des A hätte beeinflussen lassen.⁴⁶ Die erfolgreiche gerichtliche Anfechtung des zweiten Teiles des Beschlusses zu Tagesordnungspunkt zu 1 (Entlastung) würde sich im Übrigen analog § 139 BGB nicht auf den ersten Satz dieses Beschlusses (Bestätigung) erstrecken.

⁴⁵ Die A-GmbH muss sich gem. § 31 BGB diesen Fehler zurechnen lassen, da im Verhalten von A als Organ eigenes Verhalten der Gesellschaft zu sehen ist. Hierzu statt vieler *Grundmann*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 278 Rn. 10.

⁴⁶ *Zöllner/Noack* (Fn. 16), Anh. nach § 47 Rn. 126: Die stimmenmäßige Überlegenheit der B-GmbH könne die Relevanz des Verstoßes gerade auch deshalb nicht automatisch beseitigen. Dies käme anderenfalls „einem Freibrief für feste Mehrheiten gleich, Verfahrensvorschriften zu missachten“.

c) Zwischenergebnis

Eine Anfechtungsklage gegen den in der Gesellschafterversammlung am 11.2. gefassten Entlastungsbeschluss ist zulässig, aber unbegründet.

Gesamtergebnis zu Frage 2

Gegen den Beschluss im Umlaufverfahren ist eine Nichtigkeitsklage zulässig und begründet. Gegen den in der Gesellschafterversammlung gefassten Entlastungsbeschluss ist eine Anfechtungsklage zulässig, aber nicht begründet.

Schlusswort: Diese Fallbesprechung zeigt, dass Studierende gut damit beraten sind, vermeintliche Klausurdogmen („Die Klage muss durchgehen.“) nicht unreflektiert zur Grundlage ihrer Bearbeitung zu machen. Nicht wenige auch für die Klausurerstellung interessante Verfahren enden in der Realität mit einer Klageabweisung, nicht überall, wo Rauch ist, ist Feuer. Punkten konnte in dieser Klausur, wer sich von der Masse an Problemen nicht abschrecken ließ, sondern mit solider juristischer Arbeitsweise Schritt für Schritt die relevanten Themenfelder abhandelte. Hinweise dazu, welche dies sind, legt der Sachverhalt freundlicherweise schon zum Großteil dem Geschäftsführer A in den Mund.