Das Bürgerliche Recht
Habilitationen

Band 4

Der Beschluss als Rechtsgeschäft

Von

Dominik Skauradszun

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOMINIK SKAURADSZUN

Der Beschluss als Rechtsgeschäft

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das Bürgerliche Recht
Habilitationen

Band 4

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der Beschluss als Rechtsgeschäft

Von

Dominik Skauradszun

Duncker & Humblot · Berlin

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gedruckt mit Unterstützung der Studienstiftung ius vivum
und des Publikationsfonds der Hochschule Fulda.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpar
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 2195-9641
ISBN 978-3-428-18147-6 (Print)
ISBN 978-3-428-58147-4 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ♾

Internet: http://www.duncker-humblot.de

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vorwort

Die vorliegende Schrift wurde im Sommersemester 2020 von der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld als schriftliche Habilitationsleistung angenommen.

Rechtsprechung und Schrifttum wurden bis Mai 2020 berücksichtigt. Von den jüngeren Reformen konnten noch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) vom Dezember 2019, der Regierungsentwurf eines Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetzes (WEMoG) aus dem März 2020, das Maßnahmengesetz vom März 2020 anlässlich der COVID-19-Pandemie und der Mauracher Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) aus dem April 2020 verarbeitet werden.

Die vorliegende Schrift entstand maßgeblich aufgrund des fortwährenden Zuspruchs meines akademischen Lehrers Professor Dr. Florian Jacoby. Ihm danke ich für viele wertvolle Gespräche und Ideen zu den Entwürfen meiner Schrift, insbesondere aber für seine Geduld, dogmatisch besonders wichtige Thesen immer und immer wieder in Diskussionen auf den Prüfstand zu stellen. Professor Dr. Martin Schwab hat mit seinem Zweitgutachten viele wichtige Impulse gesetzt, für die ich ihm sehr dankbar bin.

Mein Dekan Professor Dr. Tobias Knedlik hatte stets ein offenes Ohr für mich und gab mir für dieses große Projekt, insbesondere in der Zeit des Habilitationsverfahrens, viel Zuspruch, wofür ich ihm sehr danke.

Meine Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter an der Professur in Fulda haben mir durch das geduldige Gegenlesen meiner Manuskripte, die Pflege des Fußnotenapparats und des Literaturverzeichnisses sowie bei der Durchsicht der Satzfahne sehr geholfen. Hierfür bin ich allen sehr dankbar. Mit besonders großem Zeitaufwand haben mich Caroline Vollmer, LL.B., Marie Tschorn, Jakob Schmitt, LL.B., LL.M., Lukasz Urner, Steffen Schädel, Philip Kwauka, LL.B., M.Sc., Alana Julia Harnack, Jana Schanze, LL.B., und Maja Erbe unterstützt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Studienstiftung ius vivum hat die Veröffentlichung durch einen großzügigen Druckkostenzuschuss gefördert, wofür ich dem Stifter und Vorstand Professor Dr. Haimo Schack sehr dankbar bin. Die Publikation wurde ferner durch den Publikationsfonds der Hochschule Fulda unterstützt. Hier bin ich Patrick Langner für die Beratung und Organisation dankbar.

Meiner Frau Katja und meinen beiden Kindern Lorena und Jonathan ist das Werk gewidmet.

Reutlingen/Fulda, im Sommer 2020 *Dominik Skauradszun*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Inhaltsübersicht

§ 1 Einführung 21

Allgemeiner Teil

§ 2 Der Beschluss als Rechtsgeschäft – Kodifizierungen, Terminologien und Zielsetzung der Arbeit 27

§ 3 Die Einbettung des Beschlusses in die Rechtsgeschäftslehre 50

§ 4 Die Beschlussprozedur – Der Weg zum Beschluss 64

§ 5 Der Beschluss als Entscheidung für das Kollektivorgan 158

§ 6 Bindungswirkungen für den einzelnen Organwalter nach der Stimmabgabe und Beschlussverkündung 175

Besonderer Teil

§ 7 Konkludent gefasste Beschlüsse – Wie sehr lässt sich die Beschlussprozedur minimalisieren? 189

§ 8 Die Willensbildung in Kollektivorganen außerhalb von Versammlungen 199

§ 9 Willensmängel bei der Beschlussprozedur 209

§ 10 Der Mythos von den schwebend unwirksamen Beschlüssen 221

§ 11 Stellvertretung und Botenschaft bei der Beschlussprozedur 233

§ 12 Beschlüsse mit Bezug zu anderen Personen und das Plädoyer gegen den Beschluss als hybrides Rechtsgeschäft 264

§ 13 Das Paradoxon vom Negativbeschluss ohne Negativstimme und die Rückbesinnung auf rechtsgeschäftliche Grundsätze 304

§ 14 Vetorechte in der Beschlussprozedur 315

§ 15 Geheime Stimmabgaben 332

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 16 Fehlerhafte Beschlüsse und Haftung der Organwalter 351

§ 17 Ergebnisse der Untersuchung 407

§ 18 Results of the Study 423

Literaturverzeichnis 437

Sachwortregister 451

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einführung 21

Allgemeiner Teil

§ 2 Der Beschluss als Rechtsgeschäft – Kodifizierungen, Terminologien und Zielsetzung der Arbeit 27
I. Der Grad der Kodifizierung des Beschlusswesens bei den europäischen Nachbarn 28
1. Das Beschlusswesen im französischen Recht und Rückschlüsse aus den Detailvorschriften 29
2. Das Beschlusswesen im polnischen Recht und der historische Wechsel zur freien Marktwirtschaft 32
3. Das Beschlusswesen im österreichischen Recht – Eine wichtige Erkenntnisquelle für die Beschlussfixierung 33
4. Das Beschlusswesen im Schweizer Recht mit seinem Kodifizierungsschwerpunkt im Schweizer Aktienrecht 34
5. Das Beschlusswesen im niederländischen Recht – Impulsgeber für nachfolgende Lösungsvorschläge 35
6. Resümee 37
II. Terminologien 39
III. Zielsetzung der Arbeit und Eingrenzung des Themas 44

§ 3 Die Einbettung des Beschlusses in die Rechtsgeschäftslehre 50
I. Die Stimmabgaben als Willenserklärungen 51
II. Rechtsnatur der ablehnenden Stimmabgaben sowie Stimmenthaltungen . . . 53
III. Der Beschluss als Rechtsgeschäft eigener Art 57
1. Zur Anwendung der Rechtsgeschäftslehre auf den Beschluss als Rechtsgeschäft eigener Art 57
2. Verfahrensbeschlüsse 58
3. Auslegung von Beschlüssen 59
4. Teilbarkeit von Beschlüssen 61

§ 4 Die Beschlussprozedur – Der Weg zum Beschluss 64
I. „Abschluss", „Zustandekommen" und „Wirksamkeit" als dogmatische Kategorien 65
1. „Abschluss", „Zustandekommen" und „Wirksamkeit" beim Vertrag . . . 66

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. „Abschluss“, „Zustandekommen“ und „Wirksamkeit“ beim Beschluss 67
II. Die Prüfung der Beschlussfähigkeit 68
III. Der Beschlussantrag 70
1. Grundlegung und die Bedeutung von § 150 Abs. 2 BGB bei der Beschlussprozedur 70
2. Der Beschlussantrag als essentialia et accidentalia negotii 72
3. Positive und negative Beschlussanträge 75
4. Die Ankündigung der bevorstehenden Beschlussanträge 75
IV. Die Stimmabgaben 76
V. Die Feststellung des Abstimmungsergebnisses 79
1. Feststellungen zu den Anforderungen an den Beschluss 80
2. Feststellungen bei Komplikationen (auslegungsbedürftige und treuwidrige Stimmabgaben sowie Stimmverbote) 80
3. Methoden zur Feststellung 83
4. Resümee 84
VI. Die Verkündung des Beschlusses 84
1. Überblick über den Meinungsstand und die Rechtsnatur der Verkündung 84
2. Ein Blick zu den europäischen Nachbarn: Die Verkündung von Beschlüssen nach § 128 des österreichischen Aktiengesetzes 88
3. Die Verkündung als Willens- oder Wissenserklärung – oder weder noch? 89
4. Parallelen und Unterschiede zwischen Verkündung und notarieller Beurkundung 92
5. Parallelen und Unterschiede zwischen Verkündung und gerichtlichem Vergleich 96
6. Das Plädoyer für die Deutung der Verkündung als finalisierendes Tatbestandsmerkmal 102
a) Die Argumentation nach dem Ausschlussprinzip 102
b) Die Argumentation mit der Funktion von Tatbestandsmerkmalen und Wirksamkeitserfordernissen 105
c) Die Argumentation gegen ein Formerfordernis 106
d) Die Argumentation gegen die Verquickung von prozessualem Beweisrecht mit tatbestandlichen Voraussetzungen 106
e) Die Argumentation gegen Flickenteppiche 108
f) Die Argumentation für die „eigene Art“ des Beschlusses als Rechtsgeschäft 108
7. Konkludente und fehlende Verkündung 110
a) Die Mär von der (positiven) Beschlussfeststellungsklage 114
b) Plädoyer für die Gestaltungsklage bei fehlender Beschlussverkündung 116
c) Heilung der fehlenden Verkündung durch Eintragung in eine Beschluss-Sammlung 118
8. Fehlender oder nur faktischer Versammlungsleiter 119

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

9. Gelebte, aber tatbestandlich nicht verwirklichte Beschlüsse – Braucht es eine Lehre vom faktischen Beschluss? 122
10. Kombination der Verkündung mit aufschiebenden oder auflösenden Bedingungen 124
11. Verkündung auch von Verfahrensbeschlüssen 125
VII. Die besondere Rolle des Versammlungsleiters 126
1. Die Verortung der Figur des Versammlungsleiters innerhalb der Gemeinschaft bzw. des Verbands und seine Rechtsmacht in der Beschlussprozedur 127
a) Der Befund im Aktienrecht 129
b) Der Befund im GmbH-Recht 130
c) Der Befund im Personengesellschaftsrecht 132
d) Der Befund im Wohnungseigentumsrecht 133
e) Der Befund im Insolvenzrecht 133
f) Analyse und verallgemeinerungsfähige Leitlinien 134
2. Die Verzahnung der Rolle des Versammlungsleiters mit der Verkündung rechtswidriger Beschlüsse 136
a) Die Verkündung fehlerhafter Beschlüsse am Beispiel des Zählfehlers 136
b) Die Verkündung rechtswidriger Beschlüsse durch den Versammlungsleiter 139
aa) Die Kontroversen um die Verkündung rechtswidriger Beschlüsse durch den Versammlungsleiter 140
bb) Einordnung des Problems in ein größeres Gesamtbild 141
cc) Rückbesinnung auf die Rechtsgeschäftslehre 143
3. Haftung des Versammlungsleiters 146
VIII. Niederschrift und Handelsregistereintragung als Wirksamkeitserfordernisse für den Beschluss 151
1. Niederschrift als Formerfordernis 151
2. Handelsregistereintragung 153
IX. Ergebnisse zur Beschlussprozedur 155

§ 5 Der Beschluss als Entscheidung für das Kollektivorgan 158
I. Zurechnung des Beschlusses zur Gemeinschaft bzw. zum Verband 159
1. Zurechnungsketten 160
2. Der Mechanismus der doppelten Zurechnung und prozessuale Implikationen 163
a) Beschlussersetzungsklagen im WEG 164
b) Beschlussersetzungsklagen gegen Gemeinschaft oder Verband 165
II. Möglichkeit der Einflussnahme oder Pflicht zur Mitwirkung durch Beschlussfassung? 166
III. Die Beschlusskompetenz – Seltenheit oder Selbstverständlichkeit? 168

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 6 Bindungswirkungen für den einzelnen Organwalter nach der Stimmabgabe und Beschlussverkündung 175
I. Der Grundsatz von pacta sunt servanda beim Vertrag und das Majoritätsprinzip beim Beschluss 175
II. Belastungsproben der Bindungswirkung 178
III. Der widersprüchliche prozessuale Angriff auf die Bindungswirkung 182

Besonderer Teil

§ 7 Konkludent gefasste Beschlüsse – Wie sehr lässt sich die Beschlussprozedur minimalisieren? 189
I. Meinungsbild im Bürgerlichen Recht und Gesellschaftsrecht 190
II. Analyse und Stellungnahme 192
1. Rückbesinnung auf die Lehre vom objektiven Empfängerhorizont 192
2. Verzicht auf formalen Rahmen möglich 193
3. Irrweg bei Beschlüssen des Aufsichtsrats 194
4. Beispielsfälle 196
III. Schutz der nicht anwesenden Organwalter vor konkludent gefassten Beschlüssen? 197

§ 8 Die Willensbildung in Kollektivorganen außerhalb von Versammlungen 199
I. Befund im Bürgerlichen Recht, Gesellschaftsrecht und im Insolvenzrecht 200
II. Verzicht auf die Beschlussverkündung im schriftlichen Verfahren? 203
III. Müssen schriftlich gefasste Beschlüsse gesetzlich zugelassen werden? 205
1. Schriftlich gefasste Beschlüsse in Gläubigerversammlungen 206
2. Schriftlich gefasste Beschlüsse im Gläubigerausschuss 208

§ 9 Willensmängel bei der Beschlussprozedur 209
I. Die einzelnen Willensmängel 209
1. Der geheime Vorbehalt 210
2. Das Scheingeschäft 211
3. Der Mangel der Ernstlichkeit 211
4. Irrtümer, Täuschung und Drohung 212
II. Anfechtung einer Stimmenthaltung? 215
III. Ist § 142 BGB direkt (Beschluss nichtig) oder analog (Stimmabgabe nichtig) anzuwenden? 215
IV. Bürgerlich-rechtliche und prozessuale Anfechtung: Die Wirkung der Bestandskraft 218

§ 10 Der Mythos von den schwebend unwirksamen Beschlüssen 221
I. Befund im Bürgerlichen Recht und im Gesellschaftsrecht 221

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Analyse 223
1. Schwebende Unwirksamkeit ist eine eng auszulegende gesetzliche Ausnahme 223
2. Schwebend unwirksame Beschlüsse regelmäßig unerwünscht 225
3. Schützenswerte Interessen 225
4. Zwischenergebnis: keine schwebend unwirksamen Beschlüsse 229
5. Vorzugswürdige Konstruktion bei Beschlüssen durch § 158 Abs. 1 BGB 230

§ 11 Stellvertretung und Botenschaft bei der Beschlussprozedur 233
I. Beschlussfähigkeit nur durch Organwalter? 234
II. Stellvertretung 235
1. Befund im Bürgerlichen Recht, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht 235
2. Stellungnahme und Analyse von Sonderfällen 238
a) Zurückweisung von Stimmabgaben 239
b) Entsendung vollmachtloser Vertreter (offene Vertretung ohne Vertretungsmacht)? 241
c) Stellvertreter, die die Vertretungsmacht überschreiten (verdeckte Überschreitung der Vertretungsmacht) 249
d) Der Versammlungsleiter als Stellvertreter 255
III. Botenschaft 258
1. Befund im Bürgerlichen Recht und Gesellschaftsrecht 260
2. Analyse und Stellungnahme 262

§ 12 Beschlüsse mit Bezug zu anderen Personen und das Plädoyer gegen den Beschluss als hybrides Rechtsgeschäft 264
I. Befund im Vereins- und Gesellschaftsrecht 265
II. Befund im Wohnungseigentumsrecht 266
III. Stellungnahme und Rückbesinnung auf die Grundsätze der Beschlussprozedur 267
1. Auslegung 267
2. Wann ist eine Zustimmung zu einem Beschluss erforderlich? 270
3. Konstruktionsvorschlag: Eingeschränkte Beschlusskompetenz und Beschlussfassung unter aufschiebender Bedingung 272
a) Eingeschränkte Beschlusskompetenz 272
b) Zustimmung nur ohne Änderungen 273
c) Rechtswirkungen des Beschlusses aufschiebend bedingt 273
d) Aufschiebend bedingte Beschlüsse möglich 275
e) Beteiligte hinreichend geschützt 277
4. Zwischenergebnis 278
5. Exkurs: Das verbleibende Rätsel um die Einziehungsbeschlüsse im GmbH-Recht 278

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

IV. Beschlüsse zugunsten oder zulasten Dritter (These vom hybriden Rechtsgeschäft) . . . 281
1. Beschlüsse zugunsten Dritter . . . 282
a) Zweifel an der These vom hybriden Rechtsgeschäft . . . 284
b) Die Suche nach der überzeugenden Dogmatik für Entlastungs- und Genehmigungsbeschlüsse . . . 291
2. Beschlüsse zulasten Dritter . . . 294
a) Der Ausgangspunkt in § 87 Abs. 2 AktG . . . 295
b) (Keine) Ableitung eines allgemeinen Prinzips aus § 87 Abs. 2 AktG 296
3. Zwischenergebnis . . . 300
4. Exkurs: Beschlüsse als Rechtsgrund im Sinne des Bereicherungsrechts 301

§ 13 Das Paradoxon vom Negativbeschluss ohne Negativstimme und die Rückbesinnung auf rechtsgeschäftliche Grundsätze . . . 304
I. Die Formulierung der Beschlussanträge . . . 306
II. Rechtsgeschäftsqualität des Negativbeschlusses in Sonderfällen . . . 308
1. Das Paradoxon von den Negativbeschlüssen ohne Negativstimme . . . 309
2. Negativbeschlüsse und der Grundsatz vom Schweigen als rechtliches Nullum . . . 310
a) Kann die Beschlussverkündung die fehlenden Willenserklärungen überbrücken? . . . 311
b) Die Rückbesinnung auf die rechtsgeschäftlichen Grundsätze vom Schweigen . . . 311
III. Die Verzahnung des Negativbeschlusses mit dem Prozessrecht . . . 312

§ 14 Vetorechte in der Beschlussprozedur . . . 315
I. Sind Vetorechte anzuerkennen und wenn ja, auf welcher Rechtsgrundlage können sie eingeräumt werden? . . . 316
1. Der Streit um die Zulässigkeit von Vetorechten . . . 316
2. Einräumung des Vetorechts und Einschränkung der Beschlusskompetenz 319
II. Setzen Vetorechte auf Ebene der Willenserklärungen oder auf Ebene des Rechtsgeschäfts an? . . . 320
1. Beschlussfassung unter auflösender Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB 321
2. Zeitbestimmungen nach § 163 BGB . . . 322
3. Eingeschränkte Beschlusskompetenz und Beschlussfassung unter auflösender Bedingung . . . 323
III. Bis zu welchem Zeitpunkt können Vetorechte ausgeübt werden? . . . 323
IV. Stimmverbote und Vetorechte . . . 326
V. Stimmrechtsbindung und Vetorechte . . . 327
VI. Rechtsmissbrauch und Vetorechte . . . 328

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 15 Geheime Stimmabgaben 332
I. Geheime Stimmabgaben in der Beschlussprozedur 333
II. Befund zu geheimen Stimmabgaben bei den jeweiligen Kollektivorganen 335
1. Wohnungseigentümer- und vereinsrechtliche Mitgliederversammlung 335
2. Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft und in der GmbH 336
3. Rechtsgebietsübergreifende Argumentationslinien 340
III. Kritische Würdigung 341
IV. Lässt sich der gordische Knoten mit verdeckten Stimmabgaben lösen? 343
V. Haften Versammlungsleiter persönlich, wenn sie geheime Stimmabgaben zulassen? 346
1. Die Suche nach der Anspruchsgrundlage und dem Schuldverhältnis . . . 347
2. Die Suche nach der Pflichtverletzung 348
3. Resümee 349

§ 16 Fehlerhafte Beschlüsse und Haftung der Organwalter 351
I. Fehlerhafte Beschlüsse 353
1. Eine rechtsgebietsübergreifende Kategorisierung von Beschlussfehlern 354
2. Rechtsgebietsübergreifende Fehler in der Beschlussprozedur 356
3. Die Rechtsgeschäftslehre als Grundstock für das jeweilige Beschlussmängelrecht 358
II. Haftung der Organwalter 360
1. Das Stimmverhalten als Anknüpfungspunkt für Pflichtverletzungen bei Schadensersatzanspruchsgrundlagen 360
2. Wer trägt die Beweislast für das pflichtwidrige Stimmverhalten? 364
a) Die Vielfalt der Anspruchsteller 366
b) Allgemeine und besondere Beweislastverteilung 368
III. Die Haftung für Stimmverhalten in bürgerlich-rechtlichen Kollektivorganen am Beispiel der Wohnungseigentümerversammlung 370
1. Prozessuale Konsequenzen eines pflichtwidrigen Stimmverhaltens 370
a) Prozessrechtliche Vorschriften als vorrangiger Rechtsschutz? 371
b) Wann bleibt ein Anwendungsbereich für materiell-rechtliche Schadensersatzansprüche? 372
2. Materiell-rechtliche Konsequenz eines Stimmverhaltens 373
a) Anspruch entstanden 373
aa) Die mühsame Suche nach der richtigen Anspruchsgrundlage und die Interpretation der §§ 20, 21 WEG als Leistungspflicht 373
bb) Schuldverhältnis 379
cc) Fällige Pflicht 379
dd) Pflichtverletzung 381
ee) Mahnung oder deren Entbehrlichkeit 384
ff) Vertretenmüssen 388

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gg) Haftungsausfüllende Kausalität 390
hh) Schaden 393
b) Anspruch nicht untergegangen und durchsetzbar 394
c) Passivlegitimation 394
3. Zwischenergebnis 395
IV. Die Haftung für Stimmverhalten am Beispiel des Gläubigerausschusses . . . 396
1. Spezielle und allgemeine Anspruchsgrundlagen 397
2. Parallelen und Unterschiede zwischen einer Haftung für pflichtwidriges Stimmverhalten nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB und § 71 InsO . . . 399
a) Pflichtverletzungen beim Stimmverhalten 400
b) Fragen der besonderen Sachkunde und Gesamtverantwortung 402
c) Schaden und gesetzliche Prozessstandschaft 404
d) Parallelen und Unterschiede bei der Kausalitätsprüfung 404
e) Regressansprüche zwischen den Mitgliedern des Gläubigerausschusses 405
3. Fazit 406

§ 17 Ergebnisse der Untersuchung 407
I. Die Erkenntnisse des Allgemeinen Teils 407
II. Die Erkenntnisse des Besonderen Teils 413

§ 18 Results of the Study 423
I. Key Outcomes of the General Part 423
II. Key Outcomes of the Special Part 428

Literaturverzeichnis 437

Sachwortregister 451

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abkürzungsverzeichnis

a. A./A. A.	anderer Ansicht
ABGB	Österreichisches Bürgerliches Gesetzbuch
Abh.	Abhandlung(en)
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
a. E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift); Amtsgericht (mit Ortsnamen)
Alt.	Alternative
a. M.	anderer Meinung
Anh.	Anhang
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
Az.	Aktenzeichen
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
Bd. (Bde.)	Band (Bände)
Bearb., bearb.	Bearbeitung/Bearbeiter, bearbeitet
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BT	Besonderer Teil
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
c.i.c.	culpa in contrahendo
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
Diss.	Dissertation
Dok.	Dokument
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
etc.	et cetera
f., ff.	folgend(e)
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co. KG	Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Compagnie (Kommanditgesellschaft)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
grdl.	grundlegend
grds.	grundsätzlich
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
insbes.	insbesondere
InsO	Insolvenzordnung
i. R. d.	im Rahmen der/des
i. S. d.	im Sinne der/des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit
JB	Juristische Blätter
Jg.	Jahrgang
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
LG	Landgericht (mit Ortsnamen)
Lit.	Literatur
Ls.	Leitsatz
MoPeG	Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) in der Fassung des Mauracher Entwurfs der vom Bundesministerium für Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkomission, April 2020
Mugdan	Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Recht, hrsg. von *Mugdan*, Band I-V, 1899
MüKo	Münchener Kommentare
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. W. v.	mit Wirkung vom
Nachw.	Nachweis
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer(n)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (Zeitschrift)
NZM	Neue Zeitschrift für Mietrecht (Zeitschrift)
o. Ä.	oder Ähnliches
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OR	(Schweizer) Obligationenrecht
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RG	Reichsgericht
Rn.	Randnummer(n)
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

s.	siehe
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
str.	streitig
Tz.	Textziffer
u. a.	unter anderem; und andere
unstr.	unstreitig
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v.	vom; von
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Vorb.	Vorbemerkung
WEG	Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht (Wohnungseigentumsgesetz)
WEG 2007	Wohnungseigentumsgesetz in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 26.03.2007 (BGBl. I S. 370) mit Wirkung vom 01.07.2007
WEG 2020	Wohnungseigentumsgesetz in der Fassung des Regierungsentwurfs vom 23.03.2020
WEMoG(-RegE)	Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes und zur Änderung von kosten- und grundbuchrechtlichen Vorschriften (Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz) in der Fassung des Regierungsentwurfs vom 23.03.2020
z. B.	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht (Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZWE	Zeitschrift für Wohnungseigentumsrecht

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 1 Einführung

„Ein allgemeines Beschlussrecht wäre der Kracher", äußerte der Heidelberger Zivilrechtslehrer Stefan Geibel auf dem 72. Deutschen Juristentag,[1] nachdem sich die Diskussion in der Abteilung „Wirtschaftsrecht" schon einige Stunden um die „pathologischen Fälle" im Beschlusswesen gedreht hatte und die in Leipzig versammelten Gelehrten immer wieder vom prozessrechtlichen Beschlussmängelrecht auf den Beschluss als Rechtsgeschäft zurückkamen.

Als im April 2020 die Expertenkommission dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz ihren Gesetzentwurf zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) vorlegte, wurde ein ähnlicher Wunsch dokumentiert. So sei eine *generelle* Regelung zum Recht der Beschlüsse, etwa zum Zustandekommen des Beschlusses und zur Behandlung der Stimmabgaben, wünschenswert.

Nur: Ein solch allgemeines Beschlussrecht gibt es nicht, gab es in den Rechtsordnungen, auf denen das deutsche Bürgerliche Recht fußt, auch noch nie, ist ferner bei vielen europäischen Nachbarn nicht anzutreffen und wird es in absehbarer Zeit im deutschen BGB wohl auch nicht geben. Auch der genannte Vorschlag eines MoPeG spart eine allgemeine Beschlusslehre aus.

Dabei ist der Bedarf immens. Gemeinschaften und Verbände werden regelmäßig durch Kollektivorgane[2] organisiert, in denen Entscheidungen häufig mit der Mehrheit[3] der Stimmen getroffen werden. Dies erleichtert die Verwaltung im Alltag, aber auch die Entscheidungsfindung bei strittigen Themen, und kann *die* Alternative zum Vertrag darstellen, der nur bei Willensübereinstimmung aller Beteiligten entstehen kann. So ist oder kann das etwa der Fall sein bei bürgerlich-rechtlichen Kollektivorganen wie dem mehrköpfigen Vereinsvorstand (§ 28 BGB), der Wohnungseigentümerversammlung (§ 25 Abs. 1 WEG[4]) und dem Verwaltungsbeirat (§ 29

[1] *Geibel*, 72. DJT, Band II/2.

[2] *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 1 a. Grundlegend zu Organen in Verbänden *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 42. Der Begriff der „kollektiven" Zusammensetzung in den Organen wird schon bei *v. Gierke*, Deutsches Privatrecht I, 1895, S. 498 verwendet. Ausführlich zur Terminologie noch in § 2 II.

[3] Schon früh das „Majoritätsprinzip" als einen Grundsatz erkennend *v. Gierke*, Deutsches Privatrecht I, 1895, S. 501; daraus leitete auch *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 15 die Bedeutung des Beschlusses für den Rechtsverkehr ab.

[4] Nach dem Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz (WEMoG-RegE vom 23.03.2020) soll in § 25 Abs. 1 WEG-E nun ein generelles Mehrheitsprinzip verankert werden. „Die Wohnungseigentümerversammlung soll als zentraler Ort der Entscheidungsfindung aufgewertet werden", S. 2, was in der Tat so wäre, da der Verband für die Verwaltung des ge-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

WEG), gesellschaftsrechtlichen Kollektivorganen wie der Hauptversammlung (§ 133 Abs. 1 AktG), der Generalversammlung (§ 43 Abs. 2 GenG), der Gesellschafterversammlung der GmbH (§ 47 Abs. 1 GmbHG), dem aktien- bzw. genossenschaftsrechtlichen Aufsichtsrat oder jenem bei der GmbH (§ 52 GmbHG), und häufig auch in der OHG und KG (§§ 119 Abs. 2,[5] 161 Abs. 2 HGB), im Übrigen aber auch bei verfahrensrechtlichen Kollektivorganen wie dem Gläubigerausschuss und der Gläubigerversammlung im Insolvenzverfahren (§§ 72, 76 Abs. 2 InsO).

Das führt allerdings zu einem merkwürdigen Befund. Auf der einen Seite kommen Beschlüsse in Kollektivorganen jeden Tag tausendfach zur Anwendung, auf der anderen Seite geben sich die Privatrechtswissenschaftler von den ersten Entwürfen zum BGB bis hin zur Gegenwart damit zufrieden, dass das fragmentierte Beschlusswesen im Privatrecht immer noch ein bunter Flickenteppich ist.[6] Wer heutzutage fragt, wie ein Beschluss zustande kommt, wird unterschiedliche Antworten erhalten, je nachdem, ob etwa ein Kollektivorgan der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, der GmbH oder der AG betrachtet wird. Wer wissen will, ob bei der Beschlussprozedur Stellvertreter und Boten eingesetzt werden können, wird je nach Kollektivorgan so unterschiedliche Antworten erhalten, dass völlig aus dem Blick gerät, dass die rechtsgeschäftlichen Fragen eigentlich dieselben sind. Das Ergebnis dieser Rechtszersplitterung ist, dass nicht einmal *ein* Teilgebiet der Rechtsgeschäftslehre beim Beschluss geklärt ist. Statt dogmatischer Stabilität, wie sie sonst der Rechtsgeschäftslehre des BGB zu eigen ist, bestehen beim Beschlusswesen in vielen Bereichen Rechtsunsicherheiten – vom Recht der Bedingungen über die Willensmängel bis hin zum Minderjährigenschutz, ganz zu schweigen von komplexen Figuren wie dem Beschluss zulasten Dritter, dem schillernden Negativbeschluss und der geheimen Stimmabgabe.

Hinzu kommt, dass sich aufgrund des „beschlussrechtlichen Vakuums" im BGB über Jahre Lehrmeinungen verfestigen konnten, wie etwa jene von den schwebend unwirksamen Beschlüssen oder die jüngere Lehre vom Beschluss als hybrides Rechtsgeschäft, die bei Lichte betrachtet in der Rechtsgeschäftslehre Fremdkörper darstellen. Es braucht schließlich nicht zu verwundern, dass die Verzahnung des Beschlusses als bürgerlich-rechtliches Rechtsgeschäft mit dem zivilprozessualen Beschlussmängelrecht kaum gelingen kann, wenn schon das rechtsgeschäftliche Fundament auf tönernen Füßen steht.

---

meinschaftlichen Eigentums zuständig wäre (§ 18 Abs. 1 WEG-E) und die Verwaltung durch Beschlussfassungen erfüllt wird (§ 19 Abs. 1 WEG-E). Ferner kann die Wohnungseigentümerversammlung jederzeit Verwaltungsaufgaben des Verwalters ansichziehen (§ 27 Abs. 2 WEG-E, RegE S. 86) und hierüber durch Beschluss entscheiden. Diese Rückholkompetenz ist typisch für das Verbandsrecht und insbesondere im GmbH-Recht bekannt, vgl. *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 107.

[5] § 119 Abs. 2 HGB ist zunächst eine Auslegungsregel (*Lieder*, in: Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 119 Rn. 1) und setzt die Möglichkeit einer Mehrheitsentscheidung voraus.

[6] Für das Beschlussmängelrecht spricht auch *K. Schmidt*, in: FS Stimpel, 1985, 217, 220 von einem „systemlos zusammengestückelten Flickenteppich".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wäre es da in der Tat nicht ein großer Fortschritt, wenn das allgemeine Beschlussrecht so in die Rechtsgeschäftslehre des BGB integriert werden könnte, dass zu all diesen Fragen bei all den genannten Kollektivorganen die Antworten aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch selbst abgeleitet würden, mithin ein allgemeines Beschlusswesen *de lege lata* und damit aus eigener Kraft entwickelt werden könnte?

Der Leidensdruck, endlich mit einem allgemeinen Beschlussrecht voranzukommen, hat in jüngerer Zeit erheblich zugenommen. Wie so oft waren es Fragen der persönlichen Haftung und damit des Schuldrechts, die Katalysator für eine Rechtsentwicklung waren. Über viele Jahrzehnte herrschte in Deutschland die Meinung vor, dass ein jeder Organwalter frei ist, in einem Kollektivorgan nach Belieben so abzustimmen, wie er es persönlich für richtig hält.[7] Diese Sichtweise wird gelegentlich auch heute noch als Freiheit der Stimmausübung bezeichnet[8] und galt für die Abstimmung in einer Wohnungseigentümerversammlung[9] genauso wie für die Abstimmung in einer Gesellschafterversammlung, einer Gläubigerversammlung[10] oder im Aufsichtsrat[11]. In den letzten Jahren hat sich jedoch in einigen Rechtsgebieten, voneinander unabhängig und bislang noch wenig analysiert, eine Auffassung entwickelt, wonach der Einzelne – unabhängig vom Stimmverhalten der anderen Organwalter[12] – für sein Stimmverhalten persönlich verantwortlich ist, der Einzelne für sein Stimmverhalten also persönlich haftet und sein Stimmverhalten im Nachhinein von Gerichten „korrigiert" werden kann.[13]

---

[7] So wie selbstverständlich etwa noch BGH, Urt. v. 24.04.1958 – VII ZR 194/57, NJW 2001, 3339, 3342 („abzustimmen, wie er es für richtig hält"); BGH, Urt. v. 12.04.2016 – II ZR 275/14, NZG 2016, 781 („… kann [der Gesellschafter] [seine Zustimmung] zu einer vorgeschlagenen Maßnahme verweigern, selbst wenn seine Beweggründe dafür sachwidrig und unverständlich erscheinen"); ebenso KG, Beschl. v. 30.11.1990 – 24 W 3939/90, NJW-RR 1991, 402 („Die Wohnungseigentümer können in der Versammlung frei entscheiden, wie sie ihre Stimme abgeben wollen"); OLG München, Urt. v. 14.08.2014 – 23 U 4744/13, GmbHR 2015, 84 (jeder dürfe das ihm zustehende Stimmrecht nach Belieben ausüben; später aber aufgehoben vom BGH, Urt. v. 12.04.2016 – II ZR 275/14, NZG 2016, 781). Aus dem Schrifttum etwa *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 139 („ist der Abstimmende grundsätzlich frei"); *M. Müller*, ZWE 2017, 395; *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 91 („Gesellschafter […] können entsprechend ihrer Auffassung und ihren Interessen abstimmen (Freiheit der Stimmausübung)"; dort auch zu ausnahmsweise bestehenden Zustimmungspflichten).

[8] *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2018, § 5 Rn. 91.

[9] KG, Beschl. v. 30.11.1990 – 24 W 3939/90, NJW-RR 1991, 402 (2. Leitsatz): „Aus einem bestimmten Stimmverhalten […] können Schadensersatzansprüche […] nicht entstehen".

[10] Zu den Prinzipien „Gläubigerautonomie" und „Mehrheitsprinzip" etwa *Preß,* in: Hamburger Kommentar InsO, 7. Aufl. 2019, § 78 Rn. 11.

[11] Deshalb wird von der ganz herrschenden Meinung bis heute die geheime Abstimmung zugelassen, um eine „unbeeinflusste persönliche Entscheidung" zu ermöglichen, *Koch*, in: Hüffer/Koch*,* AktG, 14. Aufl. 2020, § 108 Rn. 5, und damit eine nahezu haftungsfreie Willensbildung.

[12] Unmissverständlich der BGH, Urt. v. 12.04.2016 – II ZR 275/14, NZG 2016, 781.

[13] BGH, Urt. v. 14.07.2017 – V ZR 290/16, NZG 2017, 1181; BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2015, 53 (Schadensersatz trifft diejenigen, die untätig geblieben sind oder

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

So sehr Fragen der persönlichen Haftung auch Triebfeder sind, einzelne schuldrechtliche Aspekte des Beschlusswesens auszuleuchten, so führt doch kein Weg daran vorbei, in erster Linie den Beschluss mit Hilfe der Rechtsgeschäftslehre und damit basierend auf dem Allgemeinen Teil des BGB fortzuentwickeln. Denn werden die Entstehung des Beschlusses als Rechtsgeschäft, die Behandlung von positiven und negativen Stimmen, die konkludente Stimmabgabe, die Stellvertretung bzw. Botenschaft und der Willensmangel bei der Stimmabgabe nicht geklärt, fehlt das rechtsgeschäftliche Fundament, um die haftungsrechtlichen Fragen des Schuldrechts beantworten zu können.

All dies zeigt, dass an einer Fortentwicklung des Beschlusses als Rechtsgeschäft kein Weg vorbeiführt, will man den oben skizzierten Flickenteppich durch ein homogenes System ersetzen und endlich das Fundament für ein prozessuales Beschlussmängelrecht legen. Die vorliegende Schrift will hierzu einen Beitrag leisten. Sie versteht sich jedoch nicht als Schlusspunkt in der durch Otto von Gierke 1887 eingeleiteten Diskussion, sondern als Beitrag zu einer Renaissance des deutschen Beschlusswesens.

nicht für die erforderliche Maßnahme gestimmt bzw. sich enthalten haben). Kritisch *Schmid,* NZM 2015, 121, 122.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Allgemeiner Teil

Der folgende Allgemeine Teil klärt zunächst die wichtigsten Begrifflichkeiten beim Beschluss als zivilrechtliches Rechtsgeschäft und erläutert die Zielrichtung der Arbeit (§ 2). Sodann wird erarbeitet, wie der Beschluss als Rechtsgeschäft in die bürgerlich-rechtliche Rechtsgeschäftslehre eingebettet werden kann (§ 3). Es folgt eine vertieftere Untersuchung der Beschlussprozedur (§ 4), da der Weg zum Beschluss aufgrund der bislang noch nicht abschließend geklärten Beschlussverkündung und der Schlüsselfigur des Versammlungsleiters komplexe Fragen aufwirft. In § 5 wird die Verbindung zwischen dem Beschluss als Rechtsgeschäft und dem Kollektivorgan bzw. der Gemeinschaft, für die er gefasst wird, hergestellt. Der allgemeine Teil wird schließlich mit der Frage abgerundet, welche Bindungswirkung der zustande gekommene Beschluss für den einzelnen Organwalter hat (§ 6).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 2 Der Beschluss als Rechtsgeschäft – Kodifizierungen, Terminologien und Zielsetzung der Arbeit

Schon die Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch haben sich mit dem Beschluss als Rechtsgeschäft und dem Stimmrecht der Organwalter beschäftigt, wenn auch nur sehr knapp.[1] Da von Beschlüssen bis heute eine für das Schrifttum faszinierende Wirkung ausgeht – werden Beschlüsse doch täglich in hunderten, gar tausenden Kollektivorganen gefasst und sind die Beschlussgegenstände oftmals für die Gemeinschaften bzw. Verbände von immenser Bedeutung und daher häufig auch Gegenstand anschließender gerichtlicher Überprüfungen –, widmen sich Autoren bis zur Gegenwart immer wieder in grundlegenden Arbeiten dem Beschluss als Rechtsgeschäft.[2] Nach der Grundlegung durch von Gierke[3] (1887) und von Thur[4] (1910) haben sich zwei Archivbeiträge von Bartholomeyczik (1938), die Monographie von Baltzer[5] (1965) und ein Festschriftbeitrag von Ernst[6] (2012) als wichtige Meilensteine erwiesen.[7]

Gleichwohl und obwohl Personen in der Rechtspraxis schon seit Langem Entscheidungen durch Beschluss treffen, sind die Beschlussprozedur und zahlreiche rechtsgeschäftliche Details um den Beschluss bis heute nicht abschließend geklärt[8] –

---

[1] Vgl. *Mugdan,* Band I, S. 395 ff. (3. Abschnitt zu den juristischen Personen), S. 411 zum Stimmrecht als „die Befugnis, bei der Herstellung des Willens für die Körperschaft mitzuwirken".

[2] Aus jüngerer Zeit etwa *Busche*, Zur Rechtsnatur und Auslegung von Beschlüssen, in: FS Säcker, 2011, S. 45 ff.

[3] *v. Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, 1887.

[4] *v. Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 1: Allgemeine Lehren und Personenrecht, 1910. Sodann *Wolff*, Theorie der Vertretung, 1934.

[5] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, 1965.

[6] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012.

[7] Hinsichtlich der einzelnen Kollektivorgane gibt es ebenfalls sehr detaillierte Werke wie das etwa bei der Kommentierung des WEG-Beschlusswesens von *Häublein* im Staudinger (2018) der Fall ist und dessen Ergebnisse in vielen Fällen auf andere Kollektivorgane übertragbar sind.

[8] Exemplarisch so für das Gesellschaftsrecht *Altmeppen*, NJW 2016, 2833, 2836 („Die Dogmatik von Beschlüssen in Verbänden namentlich des Privatrechts ist wenig geklärt"); ähnlich auch der Befund bei *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.05.2019, § 26 WEG Rn. 47.2 für das Wohnungseigentumsrecht (in der Fassung vom 01.12.2019 wurde diese Passage gestrichen; wohl aber nur aufgrund einer Neuordnung und Straffung der Kommentierung (nun Rn. 45)).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

teils sogar noch nicht oder nur kursorisch erörtert. Das ist nicht zuletzt darauf zurückzuführen, dass der historische Gesetzgeber davon abgesehen hat, den Beschluss bei der Kodifizierung der Rechtsgeschäftslehre im Bürgerlichen Gesetzbuch mitzuregeln.

Fehlt es in Deutschland also an einem kodifizierten Beschlusswesen, bietet sich als Erstes ein Blick zu den europäischen Nachbarn an, um einen besseren Überblick über die Ausgangslage zu erhalten. Ohne den Anspruch zu haben, eine rechtsvergleichende Arbeit vorzulegen, soll bei einer Handvoll Nachbarn primär auf Ebene des kodifizierten Rechts der Status quo geprüft werden (dazu unter I.).[9] Zum einen finden sich dort Regelungen zu in Deutschland ungeklärten Rechtsfragen, sodass diese Lösungen bei der Erarbeitung eines rechtsformübergreifenden Beschlusswesens Berücksichtigung finden können. Zum anderen wird sich ein dem deutschen Recht vergleichbares Bild zeigen, weshalb das Beschlusswesen als eines derjenigen Rechtsgebiete benannt werden kann, welches sich langfristig für eine europäische Harmonisierung eignet. Da viele Staaten das Beschlusswesen der Praxis überlassen haben, könnte eine Kodifizierung europaweit Hindernisse beim freien Kapitalverkehr[10] abbauen. Beschlüsse sind sowohl bei den verschiedenen Gesellschaftsformen als auch bei den restrukturierungs- und insolvenzrechtlichen Kollektivorganen das Mittel der Wahl, um im Innenverhältnis einen Willen zu bilden.

Mit dem Wissen um den Kodifizierungsgrad bei den europäischen Nachbarn soll dann festgelegt werden, wie in dieser Arbeit die Begrifflichkeiten nach deutschem Verständnis verwendet werden (dazu unter II.), welche Ziele die Arbeit im Einzelnen verfolgt und wie der Untersuchungsgegenstand eingegrenzt wird (III.).

I. Der Grad der Kodifizierung des Beschlusswesens bei den europäischen Nachbarn

Der folgende Überblick beleuchtet den Grad der Kodifizierung in Frankreich, den Niederlanden, Polen und bei den deutschsprachigen Nachbarn Österreich und Schweiz, wobei vorrangig Primärquellen betrachtet werden. Dort, wo für das Verständnis ergänzende Anmerkungen erforderlich sind, wird für diesen Überblick ausländisches Schrifttum berücksichtigt.

[9] Das ist zugleich der Grund, warum hier weitere Civil-Law-Rechtssysteme aus Kontinentaleuropa betrachtet werden, nicht aber auf der Grundlage des englischen Rechts gewachsene Common-Law-Systeme untersucht werden.

[10] Deshalb werden jüngere Rechtssetzungsakte wie die Richtlinie (EU) 2019/1023 vom 20.06.2019 über präventive Restrukturierungsrahmen auf Art. 114 AEUV gestützt (vgl. auch Art. 26 AEUV zum Binnenmarkt).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

1. Das Beschlusswesen im französischen Recht und Rückschlüsse aus den Detailvorschriften

Kern des französischen Bürgerlichen Rechts ist der *Code Civil (CC)* von 1804. Der *Code Civil* widmet sich im 3. Buch über das Schuldrecht *(Des sources d'obligations)* zwar grundlegend dem Vertrag (*le contrat*, Art. 1101 ff. CC), nicht jedoch dem Beschluss als Rechtsgeschäft. Es fehlt zudem eine allgemeine Definition des Rechtsgeschäfts.[11] Das grundlegende Recht, durch Beschluss einen kollektiven Willen zu bilden, findet sich erst in Titel IX über die Gesellschaft (*la société*, Art. 1832 – 1873 CC), namentlich in Art. 1844 CC (*Tout associé a le droit de participer aux décisions collectives*). Das ist u. a. darauf zurückzuführen, dass der *Code Civil* – anders als die von der Pandektenwissenschaft entwickelte Systematik[12] – dem Bürgerlichen Recht keinen allgemeinen Teil vorangestellt hat,[13] in dem die Rechtsgeschäftslehre und hier insbesondere das Beschlusswesen hätte verortet werden können.

Im französischen Gesellschaftsrecht angekommen,[14] lassen sich jedoch zahlreiche Rückschlüsse sowohl aus den Detailvorschriften des *Code Civil* als auch dem *Code de Commerce (C Com)* ziehen.[15] Zunächst ist festzustellen, dass der Beschluss für zahlreiche bedeutende Entscheidungen eingesetzt wird, sei es bei der Bestellung oder Abberufung des Geschäftsführers (Art. 1846, 1851 CC), der Anteilsveräußerung oder dem Ausscheiden eines Gesellschafters (Art. 1861, 1869 CC).[16] Auch die Entscheidung über die Auflösung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (*la dissolution anticipée décidée par les associés*, Art. 1844-7, 4 CC) und die Bestellung eines

[11] Zur Historie *Sonnenberger*, in: Sonnenberger/Classen, Einführung in das französische Recht, 4. Aufl. 2012, Kap. 88.

[12] Eine prägnante Übersicht findet sich etwa bei *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, Einleitung, Rn. 6; ausführlicher etwa bei *Honsell*, in: Staudinger, BGB, 2018, Einleitung zum BGB, Rn. 56 ff.

[13] *Sonnenberger*, in: Sonnenberger/Classen, Einführung in das französische Recht, 4. Aufl. 2012, Kap. 88.

[14] Einen Überblick zum französischen Gesellschaftsrecht gibt *Großerichter*, in: Sonnenberger/Classen, Einführung in das französische Recht, 4. Aufl. 2012, Kap. 153 (wobei die Gesellschafterbeschlüsse nur knapp bei der *société à responsabilité limitée* und der *société anonyme*, Kap. 156 und 157, erwähnt werden).

[15] Der *Code de Commerce* von 1807 enthielt die historisch ersten Regelungen zu Kapitalgesellschaften. Er ist aber als erster Versuch alsbald als lückenhaft angesehen worden (*Coing*, Europäisches Privatrecht, S. 98). Das ist nach französischer Vorstellung allerdings nicht problematisch, da zwar das Gesetz, nicht aber die Rechtsordnung lückenhaft sein kann (*Meder*, Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 2017, S. 289). Der französische Richter hätte die Lücke des Gesetzes (*insuffisance*) jederzeit schließen können (vgl. Art. 4 CC).

[16] Diese Anwendungsbereiche für den Beschluss finden sich vergleichbar auch in anderen Gesellschaftsformen, für die GmbH etwa in Art. L223-18 C Com (Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern („Ils sont nommés par les associés, dans les statuts ou par un acte postérieur (…). Dans les mêmes conditions, la mention du nom d'un gérant dans les statuts peut, en cas de cessation des fonctions de ce gérant pour quelque cause que ce soit, être supprimée par décision des associés")).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Liquidators (Art. 1844-8 CC) wird durch Beschluss getroffen. Darüber hinaus erlaubt das französische Recht nicht nur bei der GmbH (*société à responsabilité limitée (SARL)*, Art. L223-27 C Com), sondern auch bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts Beschussfassungen außerhalb von Versammlungen im Wege der schriftlichen Beschlussfassung (Art. 1853 CC: *Les décisions sont prises par les associés réunis en assemblée. Les statuts peuvent aussi prévoir qu'elles résulteront d'une consultation écrite*). Das französische GmbH-Recht ist dabei so fortschrittlich, dass selbst die Möglichkeit einer Videokonferenz eröffnet wird (*l'assemblée par visioconférence*, Art. L223-27 C Com).

Auch sonst lassen sich durch einige Regelungen im GmbH-Recht wertvolle Rückschlüsse auf den Beschluss als Rechtsgeschäft ziehen, wenn auch diese Prinzipien nicht im *Code Civil* kodifiziert wurden. So regelt beispielsweise Art. L223-31 C Com, dass Beschlüsse einer GmbH mit nur einem Gesellschafter in ein Register aufgenommen werden müssen,[17] und bringt damit inzident die auch für das deutsche Recht wichtige Erkenntnis zum Ausdruck, dass sich ein Beschluss ggf. aus nur einer Stimme zusammensetzen kann.[18] Ein weiteres interessantes Detail, das später für das Kapitel § 12 Bedeutung haben wird, lässt sich aus Art. L223-22 C Com gewinnen. Diese Norm widmet sich den Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen ihre Geschäftsführer und regelt, dass ein Beschluss der Gesellschafterversammlung keinen Einfluss auf diese Ansprüche haben kann.[19] Der französische Gesetzgeber zeigt damit, dass zwischen den Beschlüssen im Innenverhältnis und den Rechtsfolgen im Außenverhältnis zu trennen ist.

Weitere Anwendungsbereiche des Beschlusses finden sich bei der französischen offenen Handelsgesellschaft (*société en nom collectif*), Kommanditgesellschaft (*société en commandite simple*) und Aktiengesellschaft (*société anonyme*, SA).[20] So zeigt etwa Art. L221-6 C Com, dass der Beschluss stets dann für die Willensbildung im Innenverhältnis der OHG notwendig ist, sobald es nicht mehr um bloße Maßnahmen der Geschäftsführung geht. Ferner lässt sich anhand Art. L221-12 C Com zeigen, dass das französische Recht Beschlüsse nicht nur für Mehrheitsentscheidungen (*décision des associés prise à la majorité*), sondern auch für einstimmige Entscheidungen kennt (*décider à l'unanimité*) und damit – wie das deutsche Recht – *en passant* zwischen einstimmigen Beschlüssen und Verträgen unterscheidet. Beim Recht der KG (Art. L222-5-11 C Com) ergibt sich ein ähnliches Bild: Es finden sich

[17] Art. L223-31 Abs. 3 C Com: „L'associé unique ne peut déléguer ses pouvoirs. Ses décisions, prises au lieu et place de l'assemblée, sont répertoriées dans un registre".

[18] Siehe dazu in § 3.

[19] Art. L223-22 Abs. 5 C Com: „Aucune décision de l'assemblée ne peut avoir pour effet d'éteindre une action en responsabilité contre les gérants pour faute commise dans l'accomplissement de leur mandat".

[20] Einen Überblick über die Willensbildung in der SA bietet *Sonnenberger*, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, S. 166 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zwar weitere Anwendungsbereiche für Beschlüsse, rechtsgeschäftliche Grundlagen über den Beschluss werden aber auch hier nicht geregelt.[21]

Auch in der aktienrechtlichen Hauptversammlung (*assemblée d'actionaires*) und im Verwaltungsrat (*conseil d'administration*) ist der Beschluss das Mittel der Wahl.[22] Hier finden sich wichtige Details für den Beschluss als Rechtsgeschäft, die im Laufe der Untersuchung bedeutsam werden, wie etwa die Stimmabgabe durch einen Stellvertreter,[23] eine Regelung dazu, wer tauglicher Stellvertreter sein kann und eine Bestimmung, wonach Vollmachten zugunsten des Versammlungsleiters der Hauptversammlung grundsätzlich zulässig sind (sog. Blankovollmacht zugunsten des Präsidenten).[24] Stimmabgaben werden als Willenserklärungen verstanden, die der französischen Tradition entsprechend in der Versammlung frei abgegeben werden und nicht im Wege von Stimmbindungen beeinflusst werden sollen.[25]

Trotz dieser Detailregelungen ist aus deutscher Sicht festzuhalten, dass man sich in Deutschland bei der Entwicklung des BGB an keinem kodifizierten Beschlusswesen im älteren *Code Civil* von 1804 orientieren konnte,[26] gar ein geschlossenes Regelsystem über den Beschluss einfach hätte übernehmen können – selbst, wenn der Wille dafür nach den militärischen Konflikten des 19. Jahrhunderts vorhanden gewesen wäre[27]. Gleichwohl ist insoweit ein Gleichlauf zwischen französischem und deutschem Recht festzustellen, als aus vielen Detailvorschriften abgeleitet werden kann, wie sich die jeweilige Jurisdiktion den Beschluss als Rechtsgeschäft vorstellt.

---

[21] Aufgrund der schwächeren Stellung der Kommanditisten regelt Art. L222-5 C Com nachvollziehbarerweise unter anderem, dass ¼ des Kommanditistenkapitals berechtigt ist, die Einberufung der Gesellschafterversammlung verlangen zu können, um überhaupt Beschlüsse fassen zu können.

[22] Auch die Ursprungsfassung des *Code de Commerce* von 1807 kennt schon Beschlüsse der Aktionäre, vgl. *Coing*, Europäisches Privatrecht, S. 99 und 114 f.

[23] Vgl. zu dieser Änderung Art. 161-1 Reformgesetz Gesellschaften.

[24] Dazu knapp *Sonnenberger*, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, S. 176 f.

[25] *Sonnenberger*, Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 1991, S. 177.

[26] Hier ist zu sehen, dass der Einfluss des römischen Rechts sowohl für den *Code Civil* als auch die Entwicklungen des deutschen BGB von besonderer Bedeutung war. Denn der *Code Civil* folgte dem modifizierten Institutionensystem, das auf das römische Recht zurückging (*Honsell*, in: Staudinger, BGB, 2018, Einleitung zum BGB, Rn. 56; *Coing*, Europäisches Privatrecht, S. 12), während die Pandektistik versuchte, aus den vorwiegend fallbezogenen Quellen des römischen Rechts Grundsätze und Prinzipien zu entwickeln (*Honsell*, Rn. 53; *Coing*, Europäisches Privatrecht, S. 40 und 47). Da jedoch das römische Privatrecht die Beschlüsse als Rechtsgeschäft noch nicht in den Fokus genommen hatte, konnte das römische Recht weder in Frankreich noch in Deutschland eine Vorlage für ein Beschlusswesen bilden.

[27] Siehe zum „Bruch in der wissenschaftlichen Kommunikation zwischen französischen und deutschen Privatrechtlern" vor und mit dem Inkrafttreten des BGB etwa *Ranieri*, Französisches Recht und französische Rechtskultur in der deutschen Zivilrechtswissenschaft heute, unter III. Siehe ferner zu den politischen Spannungen noch das Resümee in § 2 I. 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Das Beschlusswesen im polnischen Recht und der historische Wechsel zur freien Marktwirtschaft

So unterschiedlich die jüngeren sprachlichen Wurzeln zwischen einer westslawischen und westgermanischen Sprache auch sind, so ähnlich ist das jüngere polnische Zivilrecht dem deutschen Privatrecht. Über viele Jahrzehnte gab es in Polen wenig Bedarf, den Beschluss als Instrument der Willensbildung in zivilrechtlichen Gesellschaften fortzuentwickeln. Während der Zeit des kommunistischen Regimes gab es in Polen kaum zivilrechtlich konstituierte Gesellschaften.[28] Einschlägige Gesetze wie das polnische Handelsgesetzbuch (*kodeks handlowy*) aus dem Jahre 1934, das für eine Marktwirtschaft typische Elemente enthielt, wurden in der polnischen Rechtspraxis kaum angewandt und im polnischen Schrifttum entweder gar nicht erst berücksichtigt oder die Autoren berichteten von diesen Gesetzen – als Zeichen ihrer Ablehnung – nur in der *Vergangenheitsform*, obwohl es sich formal um geltendes Recht handelte.[29] Althergebrachte Rechtsinstitutionen wie das Handelsregister und die Kapitalgesellschaften waren (wenn auch nicht gänzlich) aufgehoben, da sie mit dem kommunistischen System unvereinbar schienen. Gleichwohl wurden Vorschriften über die OHG (*spółka jawna*), die GmbH (*spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*) und die AG (*spółka akcyjna*), wie auch diverse Regelungen über die Handelsgeschäfte (*czynności prawne*), im Hinblick auf die wichtigen Außenhandelsverhältnisse in Kraft belassen.[30] Da das fundamentale Prinzip der Vertragsfreiheit nicht anerkannt wurde,[31] war gleichfalls an eine freie Willensbildung in Kollektivorganen durch Beschluss kaum zu denken.[32]

Erst durch den Wechsel zur freien Marktwirtschaft Anfang der 1990er Jahre stieg der Bedarf an gesellschaftsrechtlichen Regelungen an, dann jedoch sprunghaft. Nun bedurfte es neuer Formen des Zusammenschlusses und damit der Willensbildung vieler Personen in Organen der Gesellschaften und Genossenschaften. Das polnische Handelsgesetzbuch (*kodeks handlowy*) wurde genauso wie das bisherige polnische Gesellschaftsrecht in den 1990er Jahren zügig ersetzt, wobei u. a. auch deutsches Handels- und Gesellschaftsrecht als Vorlage diente. Bereits das polnische HGB von

---

[28] Stattdessen gab es „spezielle Rechtseinheiten" als staatliche Unternehmen, *Rzepliński/Fajst/Kładoczny/Wypych*, in: Mohnhaupt/Schönfeldt, Polen (1944 – 1989/90), 1997, S. 36.

[29] *Rzepliński/Fajst/Kładoczny/Wypych*, in: Mohnhaupt/Schönfeldt, Polen (1944 – 1989/90), 1997, S. 35 f. („Authors of academic handbooks published in the 1950s either left the Code [gemeint ist das Handelsgesetzbuch] unmentioned or wrote about it in the past tense").

[30] *Pilich*, ZVertriebsR 2013, 366 spricht in diesem Zusammenhang von einem „eher ungewollten Systemwandel" in Polen, verursacht durch die Nachkriegszeit.

[31] *Rzepliński/Fajst/Kładoczny/Wypych*, in: Mohnhaupt/Schönfeldt, Polen (1944 – 1989/90), 1997, S. 34 (in englischer Sprache wörtlich „ignored").

[32] In den Staatsunternehmen war eine Willensbildung auch deshalb kaum relevant, da die Staatsunternehmen selbst keine Rechtspersönlichkeit aufwiesen, kein Eigentum bzw. Gesellschaftsvermögen aufbauen konnten und die relevanten Entscheidungen von staatlicher Stelle aus getroffen wurden, *Rzepliński/Fajst/Kładoczny/Wypych*, in: Mohnhaupt/Schönfeldt, Polen (1944 – 1989/90), 1997, S. 36 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

1934 war zum Teil an deutsches Recht angelehnt, wobei bei dessen Auslegung u. a. auch die deutsche Literatur, hier insbesondere die Großkommentare, und die Rechtsprechung des Reiches zur Anwendung kamen.[33] Gleichwohl wies das polnische HGB auch eine Vielzahl von eigenen und neuentwickelten Rechtsfiguren auf.

Blickt man heute in das polnische Zivilgesetzbuch (*kodeks cywilny*), fällt nicht nur der ähnliche Aufbau des ersten Buches (*księga pierwsza, część ogólna*) über die Rechtsgeschäftslehre (*czynności prawne*) auf, das neben (wenigen) Regelungen über den Vertragsschluss (*zawarcie umowy*, Art. 66 – 72) etwa auch Vorschriften über die Willensmängel (*wady oświadczenia woli*, Art. 82 – 88) aufweist; auch die Verortung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (*spółka*) als besonderes Schuldrecht im dritten Buch des polnischen Zivilgesetzbuchs (*księga trzecia, zobowiązania*) ähnelt dem zweiten Buch des deutschen BGB.

Vergleichbar der französischen, deutschen, österreichischen und Schweizer Rechtslage ist der Beschluss als Rechtsgeschäft erstmals bei der (polnischen) Gesellschaft bürgerlichen Rechts erwähnt (*uchwała wspólników* [wörtlich: Gesellschafterbeschluss], Art. 865 f.). Geregelt wird er jedoch auch im polnischen Recht nicht, sodass alle Merkmale der Beschlussprozedur wie Stimmabgabe, Feststellung des Abstimmungsergebnisses und Verkündung gesetzlich ungeregelt sind. Die schlanke Normierung des Beschlusses setzt sich im polnischen Gesetzbuch über die Handelsgesellschaften (*kodeks spółek handlowych*) fort. Bei den beiden dort erwähnten Kollektivorganen wird der Beschluss als Begriff erwähnt, so nämlich als Beschluss der Gesellschafterversammlung (*uchwała zgromadzenia wspólników*) und als Beschluss der Hauptversammlung (*uchwała walnego zgromadzenia*). Im Recht der Personen- und Kapitalgesellschaften kommt der Beschluss als Instrument der Willensbildung sodann deutlich intensiver zum Einsatz. Der polnische Gesetzgeber hat der Gesellschafterversammlung (*zgromadzenie wspólników*) der GmbH (*spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*) beträchtliche 27 Artikel gewidmet (Art. 227 – 254). Ähnlich intensiv wurde die aktienrechtliche Hauptversammlung kodifiziert (*walne zgromadzenie*, Art. 393 – 429). Auch für diese Kapitalgesellschaften gilt, dass der Beschluss als Rechtsgeschäft vorausgesetzt und nicht geregelt wird.

3. Das Beschlusswesen im österreichischen Recht – Eine wichtige Erkenntnisquelle für die Beschlussfixierung

In der österreichischen Rechtsgeschäftslehre sind die Willenserklärung und der Vertrag umfassend normiert (§§ 861 – 914 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – ABGB), ohne jedoch auch den Beschluss grundsätzlich zu normieren. Dies erscheint nachvollziehbar, wenn man bedenkt, dass auch das ABGB auf einem römisch-

[33] *Allerhand*, Kodeks handlowy – Komentarz, 1935, Vorwort zum Kommentar (*Słowo wstępne*), S. VIII („Polski Kodeks handlowy wzorowany jest na prawie niemieckiem, […]. Wielką pomoc przy wykładni k. h. może więc oddać literatura niemiecka, a zwłaszcza wielkie komentarze, oraz judykatura Sądu Rzeszy.“).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechtlichen Fundament beruht.[34] Im Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts werden Beschlüsse zwar erwähnt (§ 1192 ABGB), deren rechtsgeschäftliches Fundament aber vom österreichischen Gesetzgeber nicht gelegt, sondern vorausgesetzt. Das ABGB wurde zwischen 1914 und 1916 in drei Schritten an das deutsche BGB von 1900 angepasst[35] und enthielt dann entsprechend der deutschen Vorlage gleichfalls kein kodifiziertes Beschlusswesen. Offenbar hat der österreichische Gesetzgeber bis heute keinen Bedarf gesehen, das ABGB mit allgemeinen Regelungen zum Beschlusswesen zu komplettieren.

Das österreichische Aktienrecht hingegen enthält zu einzelnen Facetten der Beschlussprozedur deutlich mehr Details als das ABGB, etwa zur Ankündigung der Beschlussgegenstände (§ 106 AktG), zur Beurkundung (§ 120 AktG) und zur Abstimmung (§ 122 AktG). Hinsichtlich der Aufgaben des Versammlungsleiters ist das österreichische Recht detaillierter als das deutsche Aktienrecht. In § 128 AktG finden sich zur Verkündung des Beschlusses und zur inhaltlichen Fixierung durch den Versammlungsleiter wertvolle Regelungen, weshalb es sich lohnen wird, die entsprechenden Vorschriften zu einem späteren Zeitpunkt genauer zu betrachten (vgl. in § 4 VI. 2.). Vergleichbar dem deutschen Recht finden sich im österreichischen *GmbHG* hingegen weniger Vorschriften zum Beschluss. Auch hier wird dessen rechtsgeschäftliche Grundlage vorausgesetzt (vgl. etwa § 30g Abs. 2, 34, 38, 40 und 49 ff. GmbHG). Der Befund im österreichischen Vereinsgesetz (dort insbesondere § 3 VereinsG) und im österreichischen Genossenschaftsgesetz (etwa in § 24c Abs. 2 GenG zur Niederschrift der Beschlüsse und in § 30 GenG zur Ankündigung der Beschlussgegenstände) ist nicht anders. Schließlich geht auch das österreichische Wohnungseigentumsgesetz wie selbstverständlich von Beschlüssen in der Eigentümergemeinschaft aus (§ 24 Abs. 1 und 5 sowie § 25 Abs. 3 WEG), ohne diese rechtsgeschäftlich näher zu regeln.

4. Das Beschlusswesen im Schweizer Recht mit seinem Kodifizierungsschwerpunkt im Schweizer Aktienrecht

Das Privatrecht der Schweiz erwähnt schon im Zivilgesetzbuch Beschlüsse als Form der Willensbildung, namentlich im Vereinsrecht (Art. 66 f. ZGB) und zur Willensbildung beim Stockwerkseigentum (Art. 712n und Art. 712p ZGB).[36] Das zeitlich ältere Schweizer Obligationenrecht enthält die Regelungen zur Rechtsgeschäftslehre und normiert sowohl die Willenserklärung als auch den Vertrag (Art. 1 – 40 des 5. Teil des ZGB, sog. Obligationenrecht (OR)), nicht aber den Beschluss als Rechtsgeschäft. Diese Ähnlichkeit zwischen deutschem BGB und Schweizer Ob-

[34] *Honsell*, in: Staudinger, BGB, 2018, Einleitung zum BGB, Rn. 104, vgl. ferner *Meder*, Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 2017, S. 291 ff.

[35] *Honsell*, in: Staudinger, BGB, 2018, Einleitung zum BGB, Rn. 104.

[36] Zur Ähnlichkeit des Schweizer ZGB mit den Gesetzbüchern der Pandektistik vgl. *Meder*, Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 2017, S. 357.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ligationenrecht ist darauf zurückzuführen, dass nach Erkrankung von Dr. Franz v. Kübel aus der 1. Kommission zum BGB sowohl im Deutschen Reich als auch von dem Berner Professor Munzinger, der für das Schweizer Recht den Entwurf erstellt hatte, auf den „Dresdner Entwurf eines allgemeinen dt. Gesetzes über die Schuldverhältnisse" von 1866 zurückgegriffen wurde.[37] Beschlüsse werden ferner etwa bei der sogenannten „einfachen Gesellschaft" vorausgesetzt (Art. 534 OR). Deutlich mehr Details zu den Beschlüssen finden sich im Schweizer Recht erst im Aktiengesetz, etwa bei der Generalversammlung (Art. 698 OR), zur Frage der Protokollierung (Art. 702 OR), zur Anfechtbarkeit von Beschlüssen (Art. 706 OR) und zur schriftlichen Fassung von Beschlüssen des Verwaltungsrats (Art. 713 OR). Im Übrigen ist auch das Schweizer GmbH-Recht hinsichtlich der Details zum Beschlusswesen vergleichsweise schlank. Die grundlegende Norm zu Gesellschafterbeschlüssen stellt Art. 808 OR dar; kurz zuvor erwähnt Art. 805 OR ein interessantes Detail, nämlich die Möglichkeit, Beschlüsse auch außerhalb der Versammlung schriftlich zu fassen. Anders als das deutsche GmbH-Recht enthält das Schweizer GmbHG zur Frage des Beschlussmängelrechts in Art. 816 OR zumindest einen Verweis auf das Schweizer Aktienrecht, wo sich sodann die prozessrechtlichen Regelungen finden.

5. Das Beschlusswesen im niederländischen Recht – Impulsgeber für nachfolgende Lösungsvorschläge

Dreh- und Angelpunkt für das Beschlusswesen im niederländischen Recht ist das Burgerlijk Wetboek (BW) und damit das mehrere Bücher umfassende „Bürgerliche Gesetzbuch". Im 3. Buch werden in Titel 2 die Rechtsgeschäfte normiert (*Rechtshandelingen*, Art. 3:32 – 59 BW), wobei das niederländische Schrifttum die Beschlüsse (*besluiten*) als Rechtsgeschäfte qualifiziert.[38] Eine Legaldefinition des Rechtsgeschäfts enthält das niederländische Recht jedoch genauso wenig wie das deutsche Recht. Vorschriften aus Titel 2 zur Begründung von Rechtsgeschäften, zur Nichtigkeit und zur Anfechtbarkeit werden allerdings auch auf Beschlüsse angewandt.[39] Detaillierter als das deutsche Recht widmet sich das niederländische Recht explizit den Stimmabgaben und entscheidet sich dafür, dass diese nur wirksam oder unwirksam sein können, nicht jedoch isoliert anfechtbar (Art. 2:13 Abs. 1 BW). Diese Erkenntnis ist im Blick zu behalten, wenn im Folgenden auch die Willensmängel untersucht werden (vgl. § 9), die innerhalb der Beschlussprozedur auftreten können und wichtige Weichenstellungen im deutschen Recht deshalb durch die

[37] *Honsell*, in: Staudinger, BGB, 2018, Einleitung zum BGB, Rn. 78; *Meder*, Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 2017, S. 347.

[38] *Assink*, Compendium Ondernemingsrecht, 9. Aufl. 2013, S. 291 ff.; *Winter/Wezeman*, Van de BV en de NV, 16. Aufl. 2013, S. 298.

[39] *Assink*, Compendium Ondernemingsrecht, 9. Aufl. 2013, S. 291 ff.; *Winter/Wezeman*, Van de BV en de NV, 16. Aufl. 2013, S. 298.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechtswissenschaft vorzunehmen sind, weil eine dem niederländischen Recht vergleichbare Vorschrift fehlt.

Anstelle von eigenen Gesetzen für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und die Aktiengesellschaft finden sich diese Vorschriften im zweiten Buch des *Burgerlijk Wetboek*. Hier ist die der deutschen GmbH ähnelnde BV (*besloten vennootschap*) bzw. die der deutschen Aktiengesellschaft vergleichbare NV (*naamloze vennootschap*) zu finden. Organwalter sind danach im Ausgangspunkt zwar frei, ihre Stimmen bei der Beschlussfassung so abzugeben, wie sie es für richtig halten, in besonderen Fällen kann jedoch ein Organwalter verpflichtet sein, in einer bestimmten Weise abzustimmen bzw. es kann ihm untersagt sein, seine Stimme in einer bestimmten Weise abzugeben (vgl. Art. 2:8 BW).[40] Ebenfalls in den kommenden Kapiteln von besonderem Interesse wird die Frage sein, welche Rolle dem Versammlungsleiter bei der Beschlussprozedur zukommt, ob von diesem eine Verkündung des Beschlusses vorzunehmen ist und welche Rechtswirkung diese Verkündung hat. Das niederländische Recht regelt diese Fragen in Art. 2:13 Abs. 3 BW und geht im Regelfalle davon aus, dass der Versammlungsleiter die Stimmabgabe auswertet und das Ergebnis verkündet. Mit dieser Beschlussverkündung ist das Rechtsgeschäft bindend. Bei juristischen Personen sind in den Willensbildungsorganen, wie der Gesellschafterversammlung (*aandeelhoudersvergadering*), gefasste Beschlüsse wirksam oder unwirksam (Art. 2:14 BW) bzw. anfechtbar (Art. 2:15 BW).[41] Auf der Linie des deutschen, polnischen, österreichischen und Schweizer Rechts liegt es, dass auch der niederländische Gesetzgeber eine Vielzahl von Detailregelungen für das Beschlusswesen der Aktiengesellschaft vorgesehen hat. Vergleichbar allen anderen genannten Jurisdiktionen finden sich viele Vorschriften bei der Hauptversammlung (*de algemene vergadering*, Art. 2:107 – 128 BW). Wenn es in den nachfolgenden Kapiteln um die Frage geht, ob Stimmen auch schriftlich außerhalb einer Versammlung abgegeben werden können, ist außerdem Art. 2:117a f. BW im Blick zu behalten, der eine solche Stimmabgabe in elektronischer Form bzw. nach Art. 2:128 BW außerhalb der Versammlung ermöglicht.[42] Das niederländische Recht sieht ferner für Vorstand und Aufsichtsrat (bzw. beim monistischen System einer niederländischen Aktiengesellschaft) Regelungen für die in diesen Organen gefassten Beschlüsse vor (*het bestuur van de naamloze vennootschap en het toezicht op het bestuur*, Art. 2:129 ff. BW),[43] die dem deutschen Recht mit Blick auf das Stimmrecht und die Stimmverbote bei Interessenkonflikten sehr vergleichbar sind. Im Übrigen werden Beschlüsse im niederländischen Vereinsrecht erwähnt (Art. 2:26 – 52 BW).

[40] *Assink*, Compendium Ondernemingsrecht, 9. Aufl. 2013, S. 297, dort auch mit einem Überblick über die Rechtsprechung.

[41] Für die Beschlüsse im Betriebsrat (*ondernemingsraad*) sind die Art. 2:14 – 15 BW jedoch nicht anwendbar.

[42] Das gilt nach Art. 2:227a f. und 2:238 BW auch für die Beschlüsse in der *besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid*, die der deutschen GmbH entspricht.

[43] Erneut gibt es in Art. 2:239 ff. BW ähnliche Regelungen für die *besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid.*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schließlich finden sich interessante Parallelen zwischen dem niederländischen und deutschen Insolvenzrecht (*Faillissementswet* – (Fw)). Die Gläubigergesamtheit entscheidet auch im niederländischen Insolvenzrecht durch Beschluss und darf Beschlüsse für ganz wesentliche administrative Entscheidungen einsetzen (vgl. *Derde afdeling Van het bestuur over de failliete boedel*, Art. 80–84 Fw), sei es die Entscheidung, ob das Schuldnerunternehmen fortgeführt (vgl. *Zevende afdeling Van de vereffening des boedels*, Art. 173a f. Fw) oder ein Insolvenzplan angenommen wird (vgl. *Zesde afdeling Van het akkoord*, Art. 138–172a Fw). Vergleichbar dem deutschen Recht wird sodann zwar geregelt, wer bei einer solchen Beschlussfassung stimmberechtigt ist und welche Mehrheiten erforderlich sind (Art. 81 f., 143, 145, 173b Fw), das niederländische Insolvenzrecht geht aber schlicht von der rechtsgeschäftlichen Grundlage eines Beschlusses aus, ohne diesen grundsätzlich zu regeln.

6. Resümee

Erst der Blick in die eigene Geschichte und zu den europäischen Nachbarn bringt Licht in das Dunkel, warum sich nicht nur in Deutschland, sondern auch in den weiteren, hier untersuchten Jurisdiktionen kein kodifiziertes allgemeines Beschlusswesen findet. Ältere Kodifikationen wie der *Code Civil* hatten das Beschlusswesen noch nicht normiert und wären aufgrund der angespannten politischen Lage zu Frankreich in Deutschland auch schwerlich[44] als Vorlage vorstellbar gewesen;[45] zu frisch waren noch die Erinnerungen an die Völkerschlacht bei Leipzig (1813) und den Deutsch-Französischen Krieg von 1870–1871 (*Guerre Franco-Allemande*, wobei nach der französischen Tradition der angreifende Staat zuerst, der angegriffene zuletzt genannt wird, was besser zeigt, warum nur zwei Jahre später eine enge Anlehnung an das französische Recht schwer erträglich gewesen wäre).

Kodifikationen wie im polnischen Recht waren zu der Zeit, als die Gesetzgebungskompetenz des Deutschen Reichs auf das gesamte Bürgerliche Recht erweitert wurde (1873),[46] noch nicht vorhanden und als im polnischen Recht später der Wechsel hin zur freien Marktwirtschaft vollzogen wurde, war es gerade anders herum: das polnische Recht orientierte sich am deutschen Recht. Da sich die Vorkommission (Ende 1873–1874) zum heutigen deutschen BGB, die erste Kommis-

[44] Eine Diskussion, ob sich der Entwurf des BGB am *Code Civil* anlehnen sollte, gab es in der Vorkommission, bestehend aus *Goldschmidt*, *v. Kübel*, *Meyer* (dann ersetzt durch *v. Schelling*), *v. Neumayr* und *v. Weber* aber durchaus, vgl. *Honsell*, in: Staudinger, BGB, 2018, Einleitung zum BGB, Rn. 74 f. Neben den athmosphärischen Gründen behagte am *Code Civil* inhaltlich insbesondere das Immobiliarsachenrecht nicht.

[45] Einen Sonderfall bilden aber die linksrheinischen Gebiete, die den *Code Civil* in der napoleonischen Zeit eingeführt hatten, *Coing*, Europäisches Privatrecht, S. 13 und 40; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, Einleitung Rn. 4.

[46] Änderung des Art. 4 Nr. 13 der Reichsverfassung durch Beschluss des I. Deutschen Reichstags vom 02.04.1873; dazu *Honsell*, in: Staudinger, BGB, 2018, Einleitung zum BGB, Rn. 74; *ders.*, in: Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl. 2018, A Rn. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sion (1874 – 1888)[47] und die zweite Kommission (1890 – 1895) an den Grundsätzen und Prinzipien des römischen Privatrechts – bzw. seiner rezipierten Form im gemeinen römischen Zivilrecht – orientierte,[48] wurde dem BGB zwar ein Allgemeiner Teil vorangestellt, man empfand die so entwickelte Rechtsgeschäftslehre offenbar aber nicht als lückenhaft, obwohl sie das Beschlusswesen gänzlich aussparte.[49] Schließlich kannte das römische Recht ein allgemeines Beschlusswesen im Privatrecht noch nicht (und insbesondere keinen Mehrheitsbeschluss) und selbst die Regelungen zur *societas* konzentrierten sich mehr auf den Gesellschaftsvertrag als die Willensbildung im Innenverhältnis.[50] Überliefert ist nur der vergebliche Appell von Gierkes, dem Entwurf auch einen „allgemeinen Teil des Korporationsrechts" beizufügen,[51] in dem dann wohl Beschlüsse hätten grundlegend geregelt werden sollen. Das ist deshalb naheliegend, da von Gierke als einer der wenigen schon 1895 in seiner Schrift „Deutsches Privatrecht I" den Beschluss rechtsgeschäftlich genauer analysiert hatte.[52] Diese vergebene Chance ist aus heutiger Sicht bedauerlich, da sich von

[47] Den Allgemeinen Teil entwarf der Redaktor Ministerialrat *Dr. Gebhard* zwischen September 1874 und 1881, *Honsell*, in: Staudinger, BGB, 2018, Einleitung zum BGB, Rn. 78.

[48] *Honsell*, in: Staudinger, BGB, 2018, Einleitung zum BGB, Rn. 75; *ders.*, in: Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl. 2018, A Rn. 14.

[49] Auf dieser Linie liegt es, dass selbst Grundbegriffe wie Willenserklärung und Rechtsgeschäft nicht definiert wurden. Siehe zu dieser „weise[n] Selbstbeschränkung" *Meder*, Rechtsgeschichte, 6. Aufl. 2017, S. 347.

[50] *Meincke*, Römisches Privatrecht, 3. Aufl. 2019, S. 111 f. Denn die Institutionen im *Corpus Iuris Civilis* nehmen zwar die *societas* in den Blick (Inst. 3,25), allerdings als Konsensualvertrag und nicht mit Blick auf die Willensbildung im Innenverhältnis durch Beschlüsse. Ausführlich zur „consensual societas" und der Aussage in Gai. 3,154 „haec quidem societas de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur" *Zimmermann*, The Law of Obligations, Chapter 15, S. 451. Da stets der Konsens aller *socii* erforderlich war, wurden Rechte und Pflichten (nur) im Gesellschaftsvertrag geregelt. Das gilt etwa für die Ansprüche der Gesellschafter untereinander, Regelungen zur Gewinn- und Verlustverteilung, sowie für die Fragen der Haftung für Pflichtverletzungen mitsamt dem besonderen Sorgfaltsmaßstab der *diligentia quam in suis* (Inst. 3,25,9), der heute in § 708 BGB zu finden ist (*Meincke*, S. 111 f.; *Zimmermann*, S. 463). Regelungen zum Innenverhältnis gab es hingegen nicht (*Zimmermann*, S. 457: „Thus, there were no legal rules determining the internal relationship among the partners"). Da die societas überdies selbst nicht rechtsfähig war und daher die *socii* nicht für die *societas* handeln konnten (*Zimmermann*, S. 455), dürfte es auch noch keine Zurechnung eines Willens zu einem Organ und keine Zurechnung vom Organ zum Verband gegeben haben. Mit dem Blick in den älteren *Code Civil* und dem Blick in den römisch-rechtlichen *Corpus Iuris Civilis* wurde verständlicherweise die fehlende Kodifizierung des Beschlusswesens in Deutschland nicht als Lücke empfunden. Das änderte sich erst, als das deutsche Privatrecht durch das Recht der juristischen Personen und Verbände zunehmend die kollektive Willensbildung in den Körperschaften ins Zentrum der Betrachtung nahm. Siehe schließlich zur Entwicklung des Majoritätsprinzips *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 187, der als frühe Form im römischen Recht das Majoritätsprinzip bei Versammlungsbeschlüssen analysiert (meist im Sinne von kommunalen Willensbildungen).

[51] Vgl. *Honsell*, in: Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl. 2018, A Rn. 17.

[52] *v. Gierke*, Deutsches Privatrecht I, S. 501 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gierkes Grundlegung in vielen Teilen mit der in dieser Arbeit fortentwickelten Beschlussprozedur deckt.

Im Übrigen aber ist das Bild bei den hier untersuchten europäischen Nachbarn homogen: Dort, wo der Bedarf nach einer Kodifizierung am größten ist – im Kapitalgesellschaftsrecht und hier insbesondere im Recht der Aktiengesellschaft – finden sich die meisten Vorschriften. Auch diese rechtfertigen jedoch nicht, von einem kodifizierten Beschlusswesen zu sprechen. Zwar finden sich mal mehr Details zur Beschlussprozedur – wie in Österreich und den Niederlanden –, andernorts ist das Beschlusswesen selbst bei den Kapitalgesellschaften aber eher schlank kodifiziert wie in Polen. Es handelt sich trotz alledem nur um *punktuelle* Kodifizierungen. Die Lösung der in dieser Arbeit aufgeworfenen Fragen ist also nicht nur in Deutschland vorrangig der Wissenschaft und Rechtspraxis überlassen.

Das erlaubt folgende abschließende These: Das privatrechtliche Beschlusswesen ist ein Rechtsgebiet, das sich für eine *europaweite Harmonisierung* anbietet, denn der Bedarf nach Beschlüssen als Rechtsgeschäft ist europaweit nicht von der Hand zu weisen und keine der hier untersuchten Jurisdiktionen verfügt gegenwärtig über ein kodifiziertes Beschlusswesen.

II. Terminologien

In dieser Arbeit wird einigen zentralen Begriffen das nachfolgende Verständnis zugrunde gelegt. Dabei ist zu sehen, dass im weiteren Verlauf viele verschiedene Gesetze und Rechtsfiguren betrachtet werden, für die – trotz aller Unterschiede – sammelnde Oberbegriffe vonnöten sind.

Wird der Begriff „Gemeinschaft“ verwendet, liegt entweder das Verständnis einer Interessengemeinschaft[53] oder das Verständnis einer Zweckgemeinschaft[54] zugrunde.[55] Ersteres soll etwa die Gemeinschaft nach Bruchteilen gemäß § 741 BGB erfassen, bei der ein Recht mehreren Inhabern gemeinschaftlich zusteht und für dessen gemeinschaftliche Verwaltung Beschlüsse nach § 745 BGB gefasst werden können. Eine solche Willensbildung durch Beschluss ist in schlichten Rechtsgemeinschaften üblich[56] und neben der Bruchteilsgemeinschaft etwa bei der Erbengemeinschaft

[53] *Sprau*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 741 Rn. 1; näher zu Interessengemeinschaften *von Proff*, in: Staudinger, BGB, 2015, § 741 Rn. 167 ff.

[54] *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 1 Rn. 1 sprechen dann auch vom Zweckverband.

[55] *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45 hatte als Oberbegriff „Kooperation“ gewählt und darunter alle Arten von Gemeinschaften und Verbänden gefasst.

[56] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 25 ff. hat schon früh gezeigt, dass die für Beschlüsse typische Zurechnung und Bindungswirkung auch bei sonstigen Personenmehrheiten möglich sind.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gesetzlich vorgesehen (§§ 2038 Abs. 2, 745 BGB[57]). Da zum einen die spezielleren Regelungen der §§ 10, 20 ff. WEG die allgemeine Regel des § 745 BGB verdrängen[58] (§ 10 Abs. 2 Satz 1 WEG) und zum anderen zum Beschlusswesen der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer umfangreich Rechtsprechung ergangen und Literatur veröffentlicht wurde, soll diese spezielle Gemeinschaft hier vermehrt in den Blick genommen werden.

Das Einbeziehen der Zweckgemeinschaften ermöglicht es, unter diesem Begriff zwei besondere Kollektivorgane subsumieren zu können, nämlich die Gläubigerversammlung und den Gläubigerausschuss. Die Gläubigerversammlung kann als Zweckgemeinschaft verstanden werden,[59] die, wie die Erbengemeinschaft auch, auf Auseinandersetzung gerichtet ist[60]. Sie verfolgt als Schicksalsgemeinschaft[61] den Zweck, die Forderungsausfälle möglichst gering zu halten und unter diesen Knappheitsbedingungen[62] die einzelnen Gläubiger gemeinschaftlich zu befriedigen. Der Gläubigerausschuss stellt das (Exekutiv-)Organ dieser Zweckgemeinschaft dar.[63] Auch in der Gläubigerversammlung und im Gläubigerausschuss ist eine kollektive Willensbildung vorgesehen (§§ 72, 76 Abs. 2 InsO). Ihnen kommt insoweit eine besondere Rolle zu, als sie zugleich Organ[64] im Insolvenzverfahren des Schuldners und damit verfahrensrechtlich eingebettet sind. Gleichwohl wird sich

[57] Einen Einstieg über die Beschlussfassung in der Erbengemeinschaft, einschließlich etwaiger Sonderrechte beim Stimmrecht, bei Stimmverboten und beim Abstimmungsverfahren bietet *Gergen*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 2038 Rn. 35 ff.

[58] *von Proff*, in: Staudinger, BGB, 2015, § 741 Rn. 178. *Suilmann*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 10 Rn. 54 weist zu Recht darauf hin, dass die subsidiären §§ 741 ff. BGB heute weitgehend leerlaufen. *Falkner*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 10 WEG Rn. 57 spricht davon, dass die Verweisung in § 10 Abs. 2 WEG auf die §§ 741 ff. BGB „praktisch bedeutungslos" ist. Nach dem Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz (WEMoG-RegE vom 23.03.2020) soll die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nun vollends in das Verbandsrecht integriert werden, sodass künftig weniger die Dogmatik einer Bruchteilsgemeinschaft als vielmehr allgemeines Verbandsrecht zu betrachten ist, vgl. *Skauradszun*, ZRP 2020, 34.

[59] *Klopp/Kluth/Pechartscheck*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 20 Rn. 1; *Koch/de Bra,* in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 66 Rn. 20; *Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 74 Rn. 5.

[60] *Koch/de Bra,* in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 66 Rn. 20.

[61] So der häufig vom BGH verwendete Begriff (etwa Beschl. v. 07.05.2015 – IX ZB 75/14, NZI 2015, 697, Rn. 26: „Die Gläubigergemeinschaft hat nicht aus freiem Willen zusammengefunden; sie ist vielmehr eine durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners zusammengefügte Schicksalsgemeinschaft"). Aus dem Schrifttum etwa *Depré*, in: Beck, Praxis der Insolvenz, § 1 Rn. 4 oder *Frege/Keller/Riedel*, Insolvenzrecht, 8. Aufl. 2015, Kap. 1 Rn. 2.

[62] Diesen Begriff verwendet *Seer*, FR 2014, 721, 722.

[63] *Klopp/Kluth/Pechartscheck*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 21 Rn. 1.

[64] *Ehricke/Ahrens*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 74 Rn. 2; *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 66. Lfg. 11/2015, § 74 Rn. 1. Sie sind jedoch keine Organe der Rechtspflege, *Jungmann*, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 74 Rn. 1; *Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 74 Rn. 5.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zeigen, dass die in dieser Arbeit entwickelte Beschlussprozedur trotz aller Besonderheiten auch auf spezielle Zweckgemeinschaften anwendbar ist.

Eine besondere Form der Gemeinschaft ist der „Verband", bei dem kraft Rechtsgeschäfts oder Gesetzes ein neues Rechtssubjekt entsteht. Unter dem Begriff „Verband" werden nachfolgend privatrechtliche Organisationen verstanden, in denen regelmäßig mehrere Personen einen gemeinsamen Zweck verfolgen.[65] Hierunter werden neben dem Verein die Gesellschaften einschließlich der Genossenschaften subsumiert.[66] In diesen Fällen besteht eine rechtsgeschäftliche Grundlage, die Satzung oder Gesellschaftsvertrag genannt wird. Ferner wird die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als Verband bezeichnet. Damit soll die „korporative Ausgestaltung der Wohnungseigentümergemeinschaft im Rechtsverkehr"[67] betont und die Abgrenzung zur Gemeinschaft nach Bruchteilen i. S. v. §§ 741 ff. BGB verdeutlicht werden.[68] Wenn hinsichtlich der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums ebenfalls der Begriff Verband verwendet wird, erscheint dies de lege lata unbedenklich[69] und entspricht den Reformbestrebungen durch das WEMoG-RegE. Allerdings ist klarzustellen, dass dieser besondere Verband auf Gesetz (§ 10 Abs. 6

[65] Vgl. *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 1 Rn. 1 und 4.

[66] Der Begriff „Verband" ist damit tauglicher Oberbegriff über die Personengesellschaften und Körperschaften und damit auch den Verein. Siehe etwa *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 3 Rn. 5.

[67] BGH, Beschl. v. 02.06.2005 – V ZB 32/05, NJW 2005, 2061, 2063; im Anschluss insb. an *Maroldt*, ZWE 2002, 387 ff.; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 10 Rn. 21 sprechen vom „körperschaftlich strukturierte[n] Verband Wohnungseigentümergemeinschaft". Wohl noch weiter *Fleischer/Eschwey*, DB 2018, 810, 816, die die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer grundsätzlich im Beschlusswesen als Verband bezeichnen. Nicht näher untersucht wird vorliegend, ob ein Verband stets einer *rechtsgeschäftlichen* Grundlage bedarf. Bei Gesellschaften wäre das aufgrund des zugrunde liegenden Gesellschaftsvertrags wohl gegeben, gerade bei der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist diese Frage jedoch schwieriger zu beantworten, da sowohl bei der vertraglichen als auch einseitigen Teilung (§§ 3, 8 WEG) sachenrechtliche Elemente im Vordergrund stehen (vgl. zur Entstehung des Verbands in beiden Fällen *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 10 Rn. 33 ff.).

[68] Grundlegend BGH, Beschl. v. 02.06.2005 – V ZB 32/05, NJW 2005, 2061, 2066; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 10 Rn. 18. Nach dem Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz (WEMoG-RegE vom 23.03.2020) soll die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer vollends in das Verbandsrecht integriert werden, vgl. *Skauradszun*, ZRP 2020, 34.

[69] So nämlich ebenfalls vom Verband sprechend *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 16 Rn. 47; *Schäuble*, in: Soergel, BGB, 2018, § 1 WEG Rn. 9; *Suilmann*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 10 Rn. 8; *Armbrüster/Witsch*, ZWE 2019, 386, 388. *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 10 Rn. 27 und 29 sprechen davon, dass sich die Wohnungseigentümer zur Bewältigung der Verwaltungsaufgaben des Verbands bedienen. Im Übrigen deckt sich das mit dem Wortsinn, da unter einem Verband eine „aus vielen Individuen bestehende, eine Einheit bildende Gruppe" verstanden wird (vgl. die Definition im Duden). Dieser Streit wird wohl mit dem Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz (WEMoG-RegE vom 23.03.2020) an Bedeutung verlieren (vgl. Fn. zuvor).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Satz 1 WEG) beruht, nicht aber stets auf rechtsgeschäftlicher Grundlage.[70] Diese rechtsgeschäftliche Grundlage besteht allerdings dann, wenn das Sondereigentum nach § 3 WEG vertraglich eingeräumt wird oder die Wohnungseigentümer eine Vereinbarung schließen, nämlich die Gemeinschaftsordnung,[71] oder aber in diese Gemeinschaftsordnung aufgrund des Eigentumserwerbs eintreten. In den meisten Fällen liegt dem wohnungseigentumsrechtlichen Verband daher auch ein Rechtsgeschäft zugrunde. Damit gelingt es, unter dem Begriff „Verband" den Verein, die Gesellschaften einschließlich der Genossenschaft und die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu bündeln. Der Begriff „Verband" macht zudem ein für diese Arbeit wichtiges Merkmal deutlich, nämlich häufig (aber nicht immer) die Angelegenheiten durch Mehrheitsbeschluss entscheiden und überstimmte Personen an den Beschluss binden zu können.[72]

An einem Beschluss sind zum einen bestimmte Personen beteiligt, in besonderen Fällen genügt jedoch schon eine Person, zum anderen wird der Beschluss meist für ein bestimmtes Organisationssubjekt gefasst. Terminologisch wird hier ein Konstrukt „Organ" genannt, das innerhalb eines Verbands Funktionen übernimmt.[73] Ein Organ ist also in einen Rechtsträger eingegliedert und innerhalb des Rechtsträgers organisatorisch selbstständig. Besteht das Organ wie häufig aus mehreren Personen, wird nachfolgend meist der Begriff „Kollektivorgan" verwendet.[74] Dieser Begriff hat eine gewisse Verwandtschaft zur kollektiven Willensbildung, die in den Kollektivorganen stattfindet.

Die Mitglieder des Organs werden fortan „Organwalter" genannt.[75] Hierbei kann es sich im Ausgangspunkt um natürliche oder juristische Personen handeln.[76] Als

[70] Siehe daher *Jacoby*, ZWE 2020, 17 mit einer starken Betonung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als Bruchteilsgemeinschaft und mit einer klaren Abgrenzung von den Gesellschaften.

[71] Diese Gemeinschaftsordnung entspricht im Gesellschaftsrecht dem Gesellschaftsvertrag, vgl. *Falkner*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 10 WEG Rn. 141; *Greiner*, Wohnungseigentumsrecht, 4. Aufl. 2017, Rn. 129; *Stürner*, in: Soergel, 12. Aufl. 1990, § 10 Rn. 9; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 10 WEG Rn. 13.

[72] In BGH, Beschl. v. 02.06.2005 – V ZB 32/05, NJW 2005, 2061, 2063 als „typisches Merkmal rechtsfähiger Verbände" bezeichnet. Siehe aber § 119 Abs. 1 HGB, wonach bei der OHG im Ausgangspunkt das Einstimmigkeitsprinzip gilt, insbesondere aufgrund der stets drohenden Haftung aus § 128 HGB.

[73] In Anlehnung an *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 45 und *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 29.

[74] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 34. Aus dem Gesellschaftsrecht so auch etwa *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 1; *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 78 und *Altmeppen*, GmbHR 2018, 225, 228 („kollektive[r] Organakt").

[75] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 8; *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 31; *Jacoby*, Das private Amt, S. 196; *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 44; *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 275; *Altmeppen*, ZIP 2019,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

natürliche Personen bilden Organwalter etwa im Vorstand und Aufsichtsrat einen Willen,[77] als juristische Personen beispielsweise in der Wohnungseigentümerversammlung, der GmbH-Gesellschafterversammlung oder im Gläubigerausschuss. Sie nehmen die Rechte und Pflichten des Organs wahr.[78] Für die innere Willensbildung fassen sie Beschlüsse. Der jeweilige Organwalter ist dabei nicht das Organ selbst – auch, wenn das Organ nur aus einem Organwalter bestehen sollte.[79]

Organwalter gibt es schließlich kraft Amtes, also durch Bestellung wie zum Mitglied des Verwaltungsbeirats (§ 29 Abs. 1 Satz 1 WEG), des Gläubigerausschusses (§ 72 InsO), des Vorstands oder des Aufsichtsrats etc. (vgl. etwa §§ 84 Abs. 1 Satz 1, 101 Abs. 1 Satz 1 AktG, § 46 Nr. 5 GmbHG, § 24 Abs. 2 GenG), kraft Mitgliedschaft (etwa § 709 BGB, § 114 HGB, § 6 Abs. 3 Satz 2 PartGG) oder kraft Teilnahmeberechtigung wie etwa bei den Gläubigern der Gläubigerversammlung.[80] Bei manchen Organen wie der Wohnungseigentümerversammlung ist noch nicht abschließend geklärt, ob die Organwalter Mitglieder sind[81] oder die Rechtsstellung allein aus der dinglichen Berechtigung resultiert[82]. Jedenfalls mit Inkrafttreten des WEMoG und der Integration der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer in das allgemeine Verbandsrecht wird man die Wohnungseigentümer künftig als Mitglieder der Gemeinschaft bezeichnen können, denn diese erwerben oder übernehmen nicht einfach nur Wohnungseigentum, sondern entscheiden sich aktiv für eine Mitgliedschaft in einer konkreten Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Die Wohnungseigentümer erwerben diese Mitgliedschaft in einer bestimmten Gemeinschaft mit

---

1253 (für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder). Siehe bei *Schürnbrand* ab S. 46 ff. auch zu der Frage, ob der Begriff „Organwalter" auch bei Personengesellschaften verwendet werden kann oder dort eine Zweiteilung zwischen Organ und Organwalter nicht passe. Letzteres wird „These vom eingliedrigen Organbegriff" genannt. Im Anschluss an *Schürnbrand* wird hier die Zweiteilung auch für Personengesellschaften vorgenommen, da eine Zuordnung von Rechten und Pflichten an Organe und die gleichzeitige Besetzung dieser Organe mit sog. „geborenen Organen" möglich ist.

[76] *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 439.

[77] *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 439.

[78] *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 42. Grundlegend zur Unterscheidung zwischen Organ und Organwalter *Wolff*, Organschaft und juristische Person, S. 228; *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 274.

[79] Siehe grundlegend *Wolff*, Fn. 78.

[80] Vgl. *Jacoby*, Das private Amt, S. 198. Bei den Gläubigern der Gläubigerversammlung wird von der Teilnahmeberechtigung gesprochen (*Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 74 Rn. 6), aber nicht von der Mitgliedschaft. Im Übrigen wird in der täglichen Sprache teils auch von Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats gesprochen. Dies ist unbedenklich, wenn gleichwohl klar ist, dass diese Rechtspositionen auf Bestellungsbeschlüssen beruhen.

[81] So etwa *Falkner*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 10 WEG Rn. 14; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 10 Rn. 31; *Suilmann*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 10 Rn. 8 und 10; *Schäuble*, in: Soergel, BGB, 2018, § 21 WEG Rn. 4.

[82] So *Jacoby*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 20 WEG Rn. 19: „Dieses Zweckgebilde [rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer] verfügt über keinerlei Mitglieder. Die Gemeinschaft wird von den Eigentümern in deren Stellung als dinglich Berechtigte gesteuert".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dem freiwilligen Erwerb des Wohnungseigentums. Sie bringen zum Ausdruck, Teil dieser Gemeinschaft der Wohnungseigentümer werden zu wollen, die das gemeinschaftliche Eigentum für sie verwaltet (§ 18 Abs. 1 WEG-E). Sie leiten ihre Mitverwaltungsrechte nach § 19 Abs. 1 WEG-E sodann aus ihrer Mitgliedschaft im Verband ab. In dieser Arbeit können die Wohnungseigentümer daher in ihrer Rolle als stimmberechtigte Personen im Kollektivorgan „Organwalter" genannt werden.[83]

Ähnlich verhält es sich mit den Gläubigern der Gläubigerversammlung, die ihre Stimmberechtigung bei der Beschlussprozedur aus ihrer Rechtsstellung als Insolvenzgläubiger oder absonderungsberechtigter Gläubiger ableiten (§§ 76 Abs. 2, 77 InsO)[84] und hier als Organwalter des Organs Gläubigerversammlung bezeichnet werden.

Führt man die einzelnen Begriffe nun abschließend für den Hauptbegriff dieser Schrift zusammen, wird unter einem „Beschluss" die durch Abstimmung zu einem Beschlussantrag durchgeführte Willensbildung von Organwaltern in einem Kollektivorgan verstanden, die am Ende der Gemeinschaft als rechtlicher Wille zugerechnet wird. Mit dem Begriff „Beschluss" sollen sodann alle Typen von Beschlüssen erfasst werden, namentlich Grundlagenbeschlüsse (etwa Umwandlungs- und Auflösungsbeschlüsse),[85] Beschlüsse in Geschäftsführungs- bzw. Verwaltungsangelegenheiten[86] (wie etwa Weisungen sowie Bestellungs- und Abberufungsbeschlüsse) und Verfahrensbeschlüsse[87] (etwa auf Änderung der Tagesordnung oder Zulassung Dritter zu einer Versammlung).

III. Zielsetzung der Arbeit und Eingrenzung des Themas

Die nachfolgende Untersuchung will klären, wie der Beschluss nicht nur im Allgemeinen, sondern gerade auch mit all seinen Besonderheiten in pathologischen

[83] Ebenso *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 8.

[84] Zum Teilnahme- und Stimmrecht *Klopp/Kluth/Pechartscheck*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 20 Rn. 9 ff.

[85] Weitere Beispiele für gesellschaftsrechtliche Grundlagenbeschlüsse sind etwa solche zur Änderung des Gesellschaftsvertrags, Änderungen des Gesellschafterbestandes, Änderungen beim gezeichneten Kapital, Beschlüsse zur Fortsetzung der aufgelösten Gesellschaft und konzernrechtliche Beschlüsse.

[86] Weitere Beispiele aus dem Gesellschaftsrecht sind Beschlüsse zur Geschäftsführung, Beschlüsse zur Rechnungslegung oder zur Entlastung von Mitgliedern eines anderen Organs. Beispiele aus dem Wohnungseigentumsrecht sind solche zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums sowie zur Bestellung und Abberufung des Verwalters. Im Insolvenzrecht gehören hierzu Beschlüsse der Gläubigerversammlung oder des Gläubigerausschusses zu besonders bedeutsamen Rechtshandlungen des Insolvenzverwalters (vgl. § 160 InsO).

[87] Verfahrensbeschlüsse (oft auch Geschäftsordnungsbeschlüsse genannt) betreffen eine oder mehrere Versammlungen des Kollektivorgans wie die Redezeit und die Entscheidung über die Aufzeichnung einer Versammlung.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Fällen in die bürgerlich-rechtliche Rechtsgeschäftslehre eingebettet werden kann und welche Rechtsfiguren aus dem Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs in welcher Form auf den Beschluss anwendbar sind. Versteht man dabei die Rechtsgeschäftslehre im Bürgerlichen Recht als besonders gefestigten und weitgehend anerkannten Teil des deutschen Privatrechts, muss es das Ziel sein, den Beschluss als Rechtsgeschäft widerspruchsfrei in die Rechtsgeschäftslehre einzubetten und alles zu vermeiden, was den Beschluss als Fremdkörper der Rechtsgeschäftslehre erscheinen ließe.[88] Eine solche Einbettung wird immer wieder die Frage aufwerfen, ob bestimmte Rechtsfiguren aus dem Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches auf den Beschluss anwendbar sind. Hierbei ist stets zu bedenken, dass die Rechtsgeschäftslehre des Allgemeinen Teils „vertraglich gefärbt"[89] ist, die Kommissionen zu einem Bürgerlichen Gesetzbuch bei vielen Vorschriften also nicht die Anwendung auf Beschlüsse vor Augen hatten.[90]

Darüber hinaus wird es bei der nachfolgenden Untersuchung eine besondere Herausforderung sein, die Lehre vom Beschluss so zu verfeinern, dass die Sichtweisen *rechtsgebietsübergreifend* angewandt werden können.[91] Eine solche einheitliche Beschlusslehre wird sich künftig Angriffen ausgesetzt sehen von jenen, die bei bestimmten Gemeinschaften und ihren Kollektivorganen Besonderheiten im Beschlusswesen ausmachen wollen und daher einer harmonisierenden Lösung kritisch gegenüberstehen. Allerdings differenziert die allgemeine Rechtsgeschäftslehre nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ebenfalls nicht danach, ob es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, das beispielsweise im Bürgerlichen Recht oder im Gesellschaftsrecht abgeschlossen wird. Gleich ob es sich etwa um einen Kaufvertrag, Werkvertrag, Gesellschafts- oder Vorstandsanstellungsvertrag handelt, kann für die zugrunde liegenden Willenserklärungen etwa auf die §§ 104 ff., 145 ff. BGB zurückgegriffen werden. Dies trägt zu einer *typisierten Betrachtung* bei. Soweit in besonderen Rechtsgebieten Rechtsfiguren entstehen, deren Einordnung in die Rechtsgeschäftslehre bis heute noch nicht widerspruchsfrei gelungen ist – was im Insolvenzrecht beispielsweise bei der Rechtsnatur des Insolvenzplans zu beobachten ist[92] – entspringen daraus zahlreiche Probleme. Deshalb ist es das Anliegen der

[88] Das meint *Lieder*, in: Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 119 Rn. 35, wenn er schreibt, dass sich für Beschlüsse mit Recht kein „Sonderrecht gegenüber den Grundsätzen der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre" entwickelt hat.

[89] „Gefärbt" meint hier, „eine bestimmte Richtung vertretend", vgl. die Definition im Duden.

[90] Ausführlich oben § 2 I. und insbesondere unter 6.

[91] So auch die Stoßrichtung bei *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 15.

[92] Siehe nur *Madaus*, Der Insolvenzplan, 2011, passim. Eine ähnliche Frage stellt sich beim Restrukturierungsplan gem. Art. 8 Restrukturierungsrichtlinie. Beide Rechtsfiguren enthalten materiellrechtliche Vertragselemente, mit denen die Insolvenz- bzw. Restrukturierungsbewältigung vereinbart wird (vgl. *Eidenmüller*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2020, § 217 Rn. 13 und 24; *Madaus*, Der Betrieb 2019, 592, 595; *Seibt/von Treuenfeld*, DB 2019, 1190, 1191). Beide Rechtsfiguren benötigen ferner neben der Zustimmung des Schuldners einen Beschluss und

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

vorliegenden Arbeit, beim Beschluss als Rechtsgeschäft ein Verständnis herauszuarbeiten, das im Bürgerlichen Recht, bei den verschiedenen Gesellschaftsformen im Gesellschaftsrecht, bei den Organen im Insolvenzrecht und weiteren Rechtsgebieten gleichermaßen angewandt werden kann (*allgemeine Beschlusslehre*).[93] Als besonders ergiebig könnte sich dabei das Beschlusswesen im *Wohnungseigentumsrecht* erweisen. Das zugrunde liegende Gesetz ist jüngeren Datums. Zudem wurde die Modernisierung der Verwaltung im Innen- und Außenverhältnis jüngst angestoßen (WEMoG[94]). Im Wohnungseigentumsrecht lassen sich damit sowohl *aktuelle Vorstellungen des Gesetzgebers* als auch Tendenzen aus einem aktuellen Gesetzgebungsverfahren zeigen.[95] Es handelt sich ferner um eine bürgerlich-rechtliche Materie, bei der auch Elemente aus dem Gesellschaftsrecht anzutreffen sind. Im Übrigen gibt es eine große Praxiserfahrung mit Beschlussprozeduren und deren späteren gerichtlichen Aufarbeitungen. Bürgerlich-rechtliches Anschauungsmaterial könnte sich auch bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen gem. § 741 BGB ergeben, doch soll diese hier etwas in den Hintergrund treten. Aufgrund der hohen praktischen Bedeutung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, der spezielleren und detaillierten Kodifizierung des dortigen Beschlusswesens durch den Gesetzgeber (vgl. §§ 10, 23 – 25 WEG[96]), der umfangreichen Rechtsprechung und einiger Schriften zum Beschlusswesen scheint es gerechtfertigt, auf das Wohnungseigentumsrecht abzustellen.

Darüber hinaus ist auch das *Vereins- und Gesellschaftsrecht* eine für das Beschlusswesen überaus wichtige Materie, da Beschlüsse innerhalb eines Vereins bzw. einer Gesellschaft bei verschiedenen Organen gefasst werden und dies bei jeder Gesellschaftsform. Auch im Vereins- und Gesellschaftsrecht kann auf eine immense Kasuistik in Rechtsprechung und Schrifttum aufgebaut werden. Für das Vereinsrecht

---

damit gleichgerichtete Willenserklärungen (vgl. so für den Insolvenzplan *Koch/de Bra*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 66 Rn. 20; *Spahlinger*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 78. Lfg. 11/18, § 217 Rn. 7). Die Gläubiger bzw. beim Restrukturierungsplan die betroffenen Parteien (Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 Restrukturierungsrichtlinie) geben ihre Stimmen gegenüber dem Versammlungsleiter ab, mithin gegenüber dem Insolvenzgericht bzw. beim Restrukturierungsplan gegenüber dem Schuldner (vgl. Art. 9 Restrukturierungsrichtlinie). Der Insolvenzplan hat zudem die Besonderheit, verfahrensrechtlich eingekleidet zu sein; der Restrukturierungsplan kann das, muss es aber nicht sein.

[93] Deutlich für „einheitliche Auslegungsgrundsätze" bei Beschlüssen auch *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 55.

[94] Überblick bei *Elzer*, ZMR 2020, 81.

[95] Die hier besonders relevanten Vorschriften wie §§ 10, 21 ff., 43 ff. WEG wurden umfassend durch das Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und anderer Gesetze vom 26.03.2007 (BGBl. I S. 370) geändert (mit Wirkung vom 01.07.2007). Für das Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz datiert der RegE vom 23.03.2020. Im Vergleich dazu wurde weder § 745 BGB noch § 2038 BGB in jüngerer Zeit geändert.

[96] Nach dem Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz (WEMoG-RegE vom 23.03.2020) künftig §§ 18 f., 23 – 25 WEG-E, vgl. *Skauradszun*, ZRP 2020, 34.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

scheint besonders zu sprechen, dass die (noch) h. M.[97] Fehler bei der Beschlussfassung im Vorstand (§ 28 BGB) oder in der Mitgliederversammlung (§§ 32 – 34 BGB) weder mithilfe einschlägiger Normen noch einer Analogie zum aktienrechtlichen Beschlussmängelrecht behandelt, vielmehr die Rechtsprechung die Fälle allein „mit der darauf nicht zugeschnittenen Rechtsgeschäftslehre“[98] zu lösen versucht.[99]

Da das Betriebsverfassungsgesetz zum Betriebsrat ausdrücklich Regelungen zur Beschlussfassung vorsieht (§ 33 BetrVG) und auch Details zur Versammlungsleitung (§ 29 Abs. 2 Satz 1 BetrVG), Beschlussfähigkeit und Stellvertretung regelt (§ 33 Abs. 2 BetrVG), lohnt sich auch ein Seitenblick auf das dortige Beschlusswesen.

Das Beschlusswesen im *Insolvenzrecht* scheint demgegenüber auf den ersten Blick für eine nähere Untersuchung wenig naheliegend zu sein, da das dortige Beschlusswesen die Gerichte weder bei der Gesellschafterversammlung noch beim Gläubigerausschuss nennenswert beschäftigt hat. Der geringere Bekanntheitsgrad des insolvenzrechtlichen Beschlusswesens ist auf die Regelung des § 78 InsO zurückzuführen, wonach Beschlüsse der Gläubigerversammlung nur begrenzt überprüfbar sind.[100] Bei genauerer Betrachtung sind die von der Gläubigerversammlung und dem Gläubigerausschuss gefassten Beschlüsse aber besonders interessant. Zum einen handelt es sich um Kollektivorgane, die an der Schnittstelle des Zivilrechts zum Zivilverfahrensrecht anzusiedeln sind, zum anderen sind einzelne Rechtsfragen interessanterweise gesetzlich geregelt, während andere Rechtsfragen bei vielen Kollektivorganen erörtert, bei der Gläubigerversammlung und dem Gläubigerausschuss jedoch ausgespart werden. Auf sämtliche Kollektivorgane des Zivilrechts kann diese Arbeit jedoch nicht in allen Details eingehen; wo immer aber eine Rechtsfrage besonders geregelt ist oder die Regelung von anderen Kollektivorganen auffallend abweicht, werden diese Kollektivorgane beleuchtet. Das trifft etwa auf einzelne Aspekte beim Verein und der Genossenschaft zu.

Rückenwind hat der hier vorgeschlagene Ansatz, rechtsgebietsübergreifend voneinander zu lernen und zu vereinheitlichen, jüngst durch Fleischer/Eschwey, Jens

---

[97] *Hadding*, in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2000, § 32 Rn. 14; *Schöpflin*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 32 Rn. 29; *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 32 Rn. 9; wohl auch *Dörner*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 32 Rn. 5; *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 135. A. A. *K. Schmidt*, AG 1977, 243, 249 ff.; *K. Schmidt*, in: FS Stimpel, 1985, 217, 220 ff.; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 8 Rn. 58; *Leuschner*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 32 Rn. 58 ff.

[98] *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F 9.

[99] BGH, Urt. v. 09.11.1972 – II ZR 63/71, NJW 1973, 235, 1. Leitsatz; BGH, Urt. v. 02.07.2007 – II ZR 111/05, NJW 2008, 69, Rn. 36; OLG Saarbrücken, Urt. v. 02.04.2008 – 1 U 450/07, NZG 2008, 677; *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 17 Rn. 48.

[100] Instruktiv zu diesem sehr begrenzten Rechtsschutz jüngst AG Düsseldorf, Beschl. v. 29.03.2018 – 502 IN 216/15, m. Anm. von *Fuhst*, jurisPR-InsR 24/2018, Anm. 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Koch und die Diskussionen auf dem 72. Deutschen Juristentag erfahren. So wurde von Fleischer/Eschwey insoweit eine Lücke im Schrifttum ausgemacht, als dass sich „bereichsübergreifende Beobachtungen […] nur sporadisch finden“[101]. Folglich bedarf es keiner weiteren Ergänzung, wenn Fleischer/Eschwey schreiben:

> „Eine moderne Beschlussdogmatik im Privatrecht sollte sich daher nicht auf Gesellschafterbeschlüsse beschränken, sondern auch das Normen- und Fallmaterial sonstiger Verbände wie der Wohnungseigentümergemeinschaft mit verarbeiten. Dies hat man hierzulande bisher vernachlässigt“[102].

Sobald die Beschlussprozedur für den Grundfall erarbeitet ist (§ 4), soll diese im weiteren Verlauf „strapaziert“ werden. Es ist beispielsweise zu prüfen, wie sehr sich die Beschlussprozedur minimalisieren lässt, was für die Frage bedeutsam ist, ob konkludent gefasste Beschlüsse möglich sind (§ 7). Die Beschlussprozedur wird ferner strapaziert, wenn den Organwaltern Willensmängel unterlaufen und entweder die einzelnen Stimmabgaben oder der Beschluss angefochten wird (§ 9). Weitere, nicht weniger praxisrelevante Komplikationen der Beschlussprozedur treten auf, wenn nicht die Organwalter, sondern deren Stellvertreter und Boten die Stimmen abgeben (§ 11), oder der Abschluss der Beschlussprozedur zugleich Auswirkungen auf Dritte haben soll (§ 12).

Allerdings muss das Thema auch eine Eingrenzung erfahren. Wenn wie eingangs erwähnt zwar auch die pathologischen Fälle in der Beschlussprozedur untersucht werden sollen, muss doch eine Grenze gezogen werden zum vorwiegend prozessualen Beschlussmängelrecht. Jens Koch hat sein Gutachten zum 72. Deutschen Juristentag mit dem prägnanten Satz begonnen: „Das deutsche Beschlussmängelrecht ist in keinem guten Zustand“. Mit 51 zu 3 Stimmen hat sich der Deutsche Juristentag in der Folge dafür ausgesprochen, das (aktienrechtliche) Beschlussmängelrecht zu reformieren, was betreffend die *weiteren Rechtsformen* (rechtsformübergreifende beschlussrechtliche Institutionenbildung[103]) mit 55 zu 2 Stimmen sogar eine noch etwas höhere Zustimmung erfahren hat.[104]

Die vorliegende Schrift soll gleichwohl kein weiteres Werk zum (prozessualen) Beschlussmängelrecht darstellen, da zum einen hierzu in jüngerer Zeit umfassende Schriften erschienen sind,[105] zum anderen der Ball momentan beim Bundesminis-

---

[101] *Fleischer/Eschwey*, DB 2018, 810.

[102] *Fleischer/Eschwey*, DB 2018, 810, 816.

[103] *Drinhausen*, ZHR 183 (2019), 509, 517 (anknüpfend an das Gutachten *J. Koch*, Band I, F).

[104] Das liegt auf der Linie der Reformwünsche des 67. und 69. DJT (siehe zu den damaligen Beschlüssen auf dem 67. DJT, Band 2/2 N 241 Beschluss Nr. 16a und 69. DJT, Band 2/2 N 235 Beschluss Nr. 21 nun *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F 11).

[105] Siehe insbesondere *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss, 2011 und *J. Koch*, 72. DJT, Band I, Gutachten F.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

terium der Justiz und für Verbraucherschutz liegt,[106] insbesondere aber weil nach dem hier zu entwickelnden Verständnis *vor* einem (prozessualen) Beschlussmängelrecht erst einmal der Beschluss *als Rechtsgeschäft* geklärt sein sollte. Wenn noch nicht sicher ist, wie der Weg zu einem „gesunden Beschluss" aussieht, wird die Behandlung der „pathologischen Beschlüsse" ohne das notwendige dogmatische Fundament vorgenommen. Von daher treffen die Stellungnahmen von Grunewald, Ziemons und Geibel auf dem 72. Deutschen Juristentag den Nerv dieser Arbeit, wenn diese übereinstimmend daran erinnern, dass zuvorderst ein Beschlusswesen im Allgemeinen Teil des BGB fehlt.

In der Tat erscheinen Verbesserungen im Beschlussmängelrecht – so gerechtfertigt sie natürlich gefordert werden – wie die Überarbeitung der Gebäudeversicherung für einen Brand- und Hochwasserfall, obwohl noch gar nicht klar ist, wo und wie das Gebäude aufgebaut ist. Diese Schrift versteht sich daher als rechtsgeschäftliche Arbeit und Fundamentlegung für das *darauf aufbauende* Beschlussmängelrecht. Eine kleine Brücke soll jedoch zu jenen Autoren geschlagen werden, die sich in letzter Zeit sehr um das Beschlussmängelrecht verdient gemacht haben, da deren Erkenntnisse immer wieder auch für das rechtsgeschäftliche Beschlusswesen von besonderer Bedeutung sind und sich beide Gebiete – rechtsgeschäftliches Beschlusswesen und prozessuales Beschlussmängelrecht – wechselseitig befruchten können.

[106] Der Gesetzentwurf der Expertenkommission zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts aus dem April 2020 liegt nun beim BMJV. Trotz umfangreicher Neukodifizierung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Grundform für alle rechtsfähigen Personengesellschaften wird das Beschlusswesen nicht kodifiziert, dafür aber das Beschlussmängelrecht neu gestaltet. Der Entwurf sieht vor, dass Beschlüsse aller Personengesellschaften künftig mit der fristgebundenen Anfechtungsklage angegriffen werden können (§ 714a BGB-E Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 3 Die Einbettung des Beschlusses in die Rechtsgeschäftslehre

Als Rechtsgeschäftslehre wird dasjenige Rechtsgebiet bezeichnet, welches sich mit den Voraussetzungen und Eigenschaften von Rechtsgeschäften, etwa deren Entstehung, Auslegung und Beendigung, beschäftigt. Der Beschluss gehört nach heute allgemeiner und überzeugender Ansicht zur Rechtsgeschäftslehre des Privatrechts.[1] Daran ändert nichts, dass der Abschnitt im BGB zu den Rechtsgeschäften den Beschluss nicht ausdrücklich erwähnt.[2] Bedauerlich ist das aber allemal,[3] da der Beschluss aufgrund seiner Komplexität nicht weniger Vorschriften verdient hätte als der Vertrag und manche Kollektivorgane, die ihren Willen nicht durch Verträge, sondern wie der Aufsichtsrat ausschließlich durch Beschlüsse bilden können (§ 108 Abs. 1 AktG),[4] mit wenigen gesetzlichen Sondervorschriften auskommen müssen.

Der Beschluss ist ein Instrument der Rechtsgeschäftslehre,[5] um Angelegenheiten des Organs oder der Gemeinschaft bzw. des Verbands zu regeln. Er ist dabei ein Rechtsgeschäft *eigener Art*,[6] was deshalb so wichtig zu betonen ist, da die im 1. Buch

[1] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 6; *Neuner*, BGB AT, 12. Aufl. 2020, § 29 Rn. 1 und 10 ff.; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 205; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 34. Die frühere Wertung des RG (etwa noch im Urt. v. 04.12.1928 – II 360/28, RGZ 122, 367, 369), wonach Beschlüsse keine Rechtsgeschäfte seien, wurde längst aufgegeben, vgl. *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 74.

[2] *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 50.

[3] *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 2 spricht von einer „Vernachlässigung" des Beschlusses im Allgemeinen Teil des BGB.

[4] *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 13.

[5] Exemplarisch für das Wohnungseigentumsrecht *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 14; sowie für das Gesellschaftsrecht *Psaroudakis*, in: Heidel/Schall, HGB, 3. Aufl. 2019, § 119 Rn. 1.

[6] Aus dem Bürgerlichen Recht: *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 294; *Brehm*, BGB AT, 6. Aufl. 2008, § 5 Rn. 105; *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 48; *Bork,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 13 Rn. 436; so ferner noch *Wolf/Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 29 Rn. 11; *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 72; aus dem Wohnungseigentumsrecht: BGH, Beschl. v. 10.09.1998 – V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 297; *Merle*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 25; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 11, 13 und 36; aus dem Gesellschaftsrecht: *Enzinger,* in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 8 f.; *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 111 und § 5 Rn. 79 (zum Rechtsgeschäft). Unglücklich sind Äußerungen wie bei *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 14 und 19, der die Entscheidung des Aufsichtsrats durch Beschluss mehrfach als „Willenserklärung" bezeichnet (in Rn. 16 f. gleichwohl [zu Recht] vom Rechtsgeschäft spricht).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des BGB kodifizierte Rechtsgeschäftslehre „vertraglich gefärbt" ist und eine Vielzahl von Wertungen, die beim Vertrag normal scheinen, es beim Beschluss nicht sind, eben weil er ein Rechtsgeschäft eigener Art ist.

Beim Beschluss als Rechtsgeschäft ist unbedenklich, dass er häufig von einem weiteren Organ umgesetzt bzw. durchgeführt[7] werden muss. Dies können Exekutivorgane wie die Geschäftsführung bei der GmbH oder der Verwalter bei der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer sein. Allein schon die Pflicht für dieses andere Organ, den gefassten (positiven) Beschluss nunmehr umzusetzen und auszuführen, zeigt deutlich, dass der Beschluss zumindest zwischen den Organen etwas Rechtsverbindliches regelt.[8]

Der Beschluss setzt sich aus einer[9] oder mehreren gleichlautenden Stimmen zusammen,[10] was für den positiven und negativen Beschluss gleichermaßen gilt. Ob man wie Altmeppen die Stimmabgaben anstelle von Willenserklärungen als Verfahrenshandlungen bezeichnen sollte,[11] ist aber fraglich. Der Begriff weist zwar eine Nähe zum hier verwendeten Begriff der Beschlussprozedur auf, könnte aber zu sehr davon ablenken, dass es sich tatsächlich um materiell-rechtliche Willenserklärungen im Sinne der bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäftslehre handelt.

I. Die Stimmabgaben als Willenserklärungen

Die von den Organwaltern abgegebenen Stimmen sind empfangsbedürftige[12] Willenserklärungen.[13] Sie lauten ausschließlich[14] auf „JA" oder „NEIN" zu einem

---

[7] Im Wohnungseigentumsrecht spricht der Gesetzgeber vom Durchführen eines Beschlusses (vgl. § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG).

[8] Ähnlich *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 14.

[9] *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 290 (in ZHR 105 (1938), 293, 299 verlangt er allerdings mindestens zwei Stimmen); *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 58; *Winnefeld*, DB 1972, 1053; *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 29 Rn. 12.

[10] BGH, Beschl. v. 10.09.1998 – V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 297; *Larenz/Wolf*, BGB AT, 8. Aufl. 1997, § 23 Rn. 20; *Brehm*, BGB AT, 6. Aufl. 2008, § 5 Rn. 105; *Bork,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 13 Rn. 436; *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 29 Rn. 11; *Bitter/Röder*, BGB AT, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 9; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 205; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 11.

[11] *Altmeppen*, GmbHR 2018, 225, 229.

[12] Das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrichtlinie (ARUG II) vom 12.12.2019 sieht in § 118 Abs. 1 Satz 3 AktG n. F. vor, dass die Aktiengesellschaft den Zugang einer elektronisch abgegebenen Stimme elektronisch bestätigen muss. Aus dieser Vorschrift wird ersichtlich, dass der Gesetzgeber wie selbstverständlich davon ausgeht, dass Stimmen empfangsbedürftig sind.

[13] Aus der Rechtsprechung BGH, Beschl. v. 10.09.1998 – V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 297; BGH, Beschl. v. 19.09.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63, 67; OLG Jena, Beschl. v.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zuvor zur Abstimmung gestellten Beschlussantrag.[15] Das gleicht dem Vertragsschluss insoweit, als dass sich die Entscheidungsmöglichkeit bei demjenigen, dem ein Vertrag angetragen wird, ebenfalls auf ein „JA" oder „NEIN" verschlankt.[16] Allerdings hat die Verschlankung der Entscheidungsmöglichkeiten bei der Beschlussprozedur noch eine weitere Aufgabe: Bei größeren Kollektivorganen wäre es für die Organwalter mühsam, aus einer Vielzahl von Möglichkeiten einen Lösungsweg auszuwählen und sich auf diesen zu verständigen.[17] Hier spielt die Beschlussprozedur ihre besondere Stärke aus, da sie den Organwaltern die alternative Beantwortung zu einem Beschlussantrag ermöglicht und damit auch eine große Anzahl von Organwaltern bei der Entstehung des Rechtsgeschäfts lenken kann.[18]

09.01.2006 – 6 U 569/05, GmbHR 2006, 985, 986. Aus dem allgemeinen Schrifttum *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 294; *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 142; *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 47; *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 29 Rn. 11; *Bitter/Röder*, BGB AT, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 9. Aus dem Wohnungseigentumsrecht *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 11; *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 68 (allerdings in Rn. 67 auch mit dem unzutreffenden Hinweis, die einzelnen Stimmabgaben seien Rechtsgeschäfte). Aus dem Gesellschaftsrecht *Enzinger,* in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 7 und 14; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 1 Rn. 71; *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 327; *Lieder*, in: Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 119 Rn. 12; *Psaroudakis*, in: Heidel/Schall, HGB, 3. Aufl. 2019, § 119 Rn. 3. Zumindest missverständlich *Drescher*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 47 Rn. 8, der der Stimmabgabe einen rechtsgeschäftlichen Charakter beimisst (richtig *Lieder*, in: Oetker, a. a. O., § 119 Rn. 12, wonach die Stimmabgabe selbst nicht Rechtsgeschäft ist). Siehe ferner *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 289 mit einem Bericht, warum in früherer Zeit die Stimmabgaben häufig nicht als Willenserklärungen eingeschätzt wurden.

[14] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 100; *Winnefeld*, DB 1972, 1053; *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 34. Zur Stimmenthaltung siehe sogleich in § 3 II.

[15] *Winnefeld*, DB 1972, 1053; schon *Larenz/Wolf*, BGB AT, 8. Aufl. 1997, § 23 Rn. 20 und nun *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 29 Rn. 11; *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 353; *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 274.

[16] *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 397.

[17] Ähnlich *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 116.

[18] Soziologisch wird damit deutlich, dass die Person, die den Beschlussantrag zur Abstimmung stellt, gerade bei größeren Kollektivorganen eine ungeheure Macht hat. Sie gibt die *essentialia et accidentalia negotii* vor, mithin den Inhalt des Rechtsgeschäfts. Diese Vorauswahl von denkbaren Lösungen und die Vorformung des späteren Rechtsgeschäfts (zu diesen beiden Begriffen und der vorgreifenden Macht der Person, die den Beschlussantrag formuliert, *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 116) erleichtert auf der einen Seite die Entscheidungsfindung im Kollektiv, steuert aber auch die Masse der Organwalter. Damit kann eine Gefahr einhergehen, wenn die den Beschlussantrag formulierende Person bei der Ausformulierung des Antrags auch eigene Interessen verfolgt. Im Übrigen ist damit soziologisch zu erklären, warum in aktienrechtlichen Hauptversammlungen in aller Regel der Aufsichtsratsvorsitzende die Versammlung leitet und damit Beschlussanträge formuliert. Seine herausragende Stellung im Aufsichtsrat als *primus inter pares* und die Macht des Aufsichtsrats aufgrund der Kompetenz, die Mitglieder des Vorstands bestellen und abbe-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Rechtsnatur der ablehnenden Stimmabgaben sowie Stimmenthaltungen

Die Begründung, warum die abgegebenen Stimmen Willenserklärungen sind, ist jedenfalls für die *zustimmenden* Stimmabgaben schnell einleuchtend: Da Rechtsgeschäfte zumindest aus einer Willenserklärung bestehen,[19] ist es die zustimmende Stimme bzw. sind es die zustimmenden Stimmen, die den Beschluss stützen. Etwaige ablehnende Stimmen haben den positiven Beschluss dann nicht verhindern können.[20]

Es ist jedoch ungleich schwieriger, die Rechtsnatur der ablehnenden Stimmen zu bestimmen. Winnefeld hat die These aufgestellt, dass die den Beschlussantrag ablehnenden Stimmen keine Willenserklärungen seien.[21] Diese Stimmen würden inhaltlich zum Ausdruck bringen, dass die im Beschlussantrag zur Abstimmung gestellte Maßnahme nicht erfolgen soll. Diese Erklärungen zielten nicht auf die Begründung, Aufhebung oder Veränderung eines Rechtsverhältnisses ab und seien damit nicht auf die Herbeiführung einer Rechtswirkung gerichtet. Die Organwalter würden vielmehr durch ihre Ablehnung kundtun, keine Willenserklärung mit dem im Beschlussantrag vorgeschlagenen Inhalt abzugeben.[22]

Die These von Winnefeld scheint jedoch sehr zweifelhaft. Überzeugender scheint vielmehr, dass auch eine Stimmabgabe, die einen Beschlussantrag ablehnt, auf die Begründung eines Rechtsverhältnisses und die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist und daher eine Willenserklärung darstellt.[23] Dies lässt sich wie folgt begründen:

---

rufen zu können (§ 84 AktG), kumuliert sich darin, dass er – soziologisch gesehen – sogar den Willen der Hauptversammlung formen kann. Keine andere Person kann auf alle drei Organe so viel Einfluss ausüben.

[19] *Flume*, BGB AT, Band 2 – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 2 Nr. 3 a; *Rüthers/Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl. 2009, § 16 Rn. 1; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 35. Aufl. 2011, S. 38 Rn. 5; *Wörlen/Metzler-Müller*, BGB AT, 13. Aufl. 2014, S. 34 Rn. 63, S. 64 Rn. 116; *Neuner*, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2020, § 28 Rn. 2 und 4; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 28; *Leipold*, BGB I, 10. Aufl. 2019, § 10 Rn. 6.

[20] Ähnlich *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 38 („Minderheit bleibt unbeachtet"). So für das Wohnungseigentumsrecht *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 23.

[21] *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1054.

[22] *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1054; auch *Elzer,* in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 46 Rn. 46a, folgt der h. M. nicht und betrachtet den Negativbeschluss nicht als Beschluss im rechtsgeschäftlichen Sinne, da dieser keine Rechtsfolge herbeiführe. Eine Negativentscheidung müsse demnach nicht als Beschluss anerkannt werden. Im Einzelfall wäre es jedoch notwendig, den Negativbeschluss gerichtlich überprüfen zu lassen.

[23] Knapp so auch *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 274, der die Zielrichtung anspricht („Stellungnahme zum Antrag zielt […] darauf ab, dass es zu einem Beschluss kommen soll").

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zunächst einmal erfüllt die ablehnende Stimme alle Merkmale einer Willenserklärung. Sie wird nach außen kundgetan[24] und erfüllt damit den objektiven Tatbestand einer Willenserklärung. Sie ist auch von einem Handlungs- und Erklärungswillen getragen, was den subjektiven Tatbestand erfüllt. Unzweifelhaft führt der *positive* Beschluss, bei dem der zur Abstimmung gestellte Antrag durch die Organwalter angenommen wird, zu einer Festlegung und gegebenenfalls zu einer Neuausrichtung des Handlungswillens für die Zukunft. Gleichfalls gilt dies aber auch für den *negativen* Beschluss, da durch ihn infolge der Kundgabe des Willens der Organwalter die Entscheidung für das Kollektivorgan getroffen wird, den Beschlussantrag nicht anzunehmen.[25] Derjenige Organwalter, der einen Negativbeschluss anstrebt, will, dass der Versammlungsleiter feststellt und verkündet, dass ein Beschlussantrag *nicht* die erforderliche Mehrheit erreicht hat.[26] Der Erklärungswille besteht also darin, dass ein bestimmter Beschlussantrag gerade keine Mehrheit findet, ein positiver Beschluss nicht umgesetzt und damit von den zuständigen Organen auch nicht ausgeführt wird. Auch das ist etwas Rechtserhebliches. Betont man die besondere Bindungswirkung eines Beschlusses für alle Organwalter, lässt sich der subjektive Tatbestand der Willenserklärung auch damit erklären, dass sich eine Person mit ihrer Stimme als Organwalter an einer Beschlussprozedur beteiligen will, um mit der Entscheidung des Kollektivorgans alle Organwalter binden zu können.[27] Das gilt dann gleichermaßen für die JA- und NEIN-Stimme.

Da Winnefeld selbst anerkennt, dass es negative Beschlüsse geben kann,[28] müsste er einräumen, dass diese aus zumindest einer Willenserklärung bestehen müssen. Denn ein jedes Rechtsgeschäft besteht aus zumindest einer Willenserklärung.[29] Rechtsgeschäfte ganz ohne zugrunde liegende Willenserklärung gibt es nicht.[30] Diese Willenserklärung wird häufig eine ablehnende Stimme gewesen sein.[31] Diese Willenserklärung hat inhaltlich also ein „NEIN" enthalten. Der so gewünschte

[24] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 8 und 143.

[25] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 6.

[26] *Deckert*, ZMR 2008, 585, 586.

[27] Ähnlich *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 144.

[28] *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1054. Er spricht Negativbeschlüssen allerdings die Qualität eines Rechtsgeschäfts ab (S. 1055).

[29] *Rüthers/Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl. 2009, § 16 Rn. 1; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 35. Aufl. 2011, S. 38 Rn. 5; *Wörlen/Metzler-Müller*, BGB AT, 13. Aufl. 2014, S. 34 Rn. 63 und S. 64 Rn. 116; *Neuner*, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2020, § 28 Rn. 2 und 4; *Leipold*, BGB I, 10. Aufl. 2019, § 10 Rn. 6; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 28.

[30] *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1055 selbst definiert das Rechtsgeschäft so, dass es aus zumindest einer Willenserklärung bestehe.

[31] Siehe noch zum Paradoxon vom Negativbeschluss ohne Negativstimme in § 13.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Negativbeschluss ist nach alledem ein Rechtsgeschäft, die ablehnenden Stimmen sind die zugrunde liegenden Willenserklärungen.[32]

Diese Erkenntnis möge für die Frage nach der Rechtsnatur der ablehnenden Stimmen für den Moment genügen. Wie es sich im Detail mit dem Negativbeschluss als Rechtsgeschäft verhält, muss jedoch einem eigenen Kapitel vorbehalten bleiben (§ 13).

Auch *Stimmenthaltungen* verdienen eine besondere Beachtung. Die Stimmenthaltung ist bloßes Schweigen, damit ein rechtliches Nullum und bei der Feststellung des Abstimmungsergebnisses nicht mitzuzählen.[33] Der Organwalter verzichtet dann für einen Beschlussantrag auf sein Stimmrecht.[34] Während beim Vertragsschluss allerdings aus der Vertragsfreiheit folgt, im Regelfall keine Willenserklärung abgeben zu müssen und damit die Bindung durch ein Rechtsgeschäft zu vermeiden, ist ein Organwalter auch dann an das Rechtsgeschäft – den Beschluss – gebunden,[35] wenn er sich der Stimme enthält und damit keine Willenserklärung abgibt. In den zivilrechtlichen Kollektivorganen werden Stimmenthaltungen bei der Abstimmung akzeptiert.[36] Es ist heute anerkannt, dass Stimmenthaltungen dann weder als JA- noch als NEIN-Stimme zu zählen sind, der Organwalter vielmehr weder eine positive noch eine negative Willensäußerung abgeben will.[37] Das heißt jedoch nicht, dass Stimmenthaltungen keinen Einfluss auf das Abstimmungsergebnis hätten. Je nach Mehrheitserfordernis können Enthaltungen die Annahme des Beschlussantrags mittelbar fördern oder erschweren.[38]

---

[32] Anerkannt etwa in BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2013, 53; *Deckert*, ZMR 2008, 585, 586.

[33] BGH, Urt. v. 25.01.1982 – II ZR 164/81, NJW 1982, 1585; *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 94.

[34] *Ernst*, ZIP 2020, 889, 891.

[35] Zur Bindungswirkung siehe § 6.

[36] BGH, Urt. v. 25.01.1982 – II ZR 164/81, NJW 1982, 1585. Aus dem Schrifttum etwa schon *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 319 und *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 37; wie selbstverständlich *M. Schwab*, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, S. 337: „ist er dem Antrag gegenüber indifferent, so mag er sich enthalten". Stimmenthaltungen werden auch in besonderen Kollektivorganen wie dem Aufsichtsrat anerkannt, *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 34, ferner bei der vereinsrechtlichen Mitgliederversammlung *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 111; ebenso für die Personenhandelsgesellschaften *Psaroudakis*, in: Heidel/Schall, HGB, 3. Aufl. 2019, § 119 Rn. 3.

[37] Für das Vereinsrecht BGH, Urt. v. 25.01.1982 – II ZR 164/81, NJW 1982, 1585. Für das Wohnungseigentumsrecht etwa BGH, Urt. v. 18.01.2019 – V ZR 324/17, BeckRS 2019, 10849, Rn. 8; *Jennißen*, in: Jennißen/Schmidt, Der WEG-Verwalter, 2. Aufl. 2010, A Rn. 82; *Weber*, in: Soergel, BGB, 2018, § 25 WEG Rn. 8. Für das Gesellschaftsrecht etwa *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 47 Rn. 21 und für den Aufsichtsrat *Hamblock-Gesinn/Gesinn*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 108 Rn. 29. Für das Insolvenzrecht *Schmid-Burgk*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 20.

[38] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 166.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dies zeigen zwei Beispiele: Kann über einen Beschlussgegenstand nur einstimmig entschieden werden, nehmen zehn Organwalter an der Abstimmung teil und haben fünf Organwalter JA-Stimmen abgegeben, dann fördern die Enthaltungen der fünf weiteren Organwalter die Annahme des Beschlussantrags. Mathematisch gesprochen führen Stimmenthaltungen dazu, dass sich der Nenner im Quotienten verkleinert und es die abgegebenen JA-Stimmen leichter haben, zur Einstimmigkeit zu gelangen. Um im Beispiel zu bleiben: Aus dem anfänglichen Quotienten von 5/10 wird durch die Enthaltung der fünf weiteren Organwalter 5/5, was die geforderte Einstimmigkeit fördert. Denn nur eine NEIN-Stimme hätte zur Ablehnung des Beschlussantrags geführt.

Für das zweite Beispiel ist lediglich anstelle der Einstimmigkeit eine einfache Mehrheit zu verlangen. Stimmen fünf der zehn Organwalter mit JA, vier hingegen mit NEIN, fördert die Stimmenthaltung die größere Gruppe. Der anfängliche Quotient von 5/10 hätte für eine einfache Mehrheit nicht gereicht, wenn gleich viele NEIN-Stimmen abgegeben werden. Die Stimmenthaltung verändert den Nenner jedoch auf 5/9, was für die einfache Mehrheit genügt. Damit ist festzuhalten, dass Stimmenthaltungen – anders als in der Praxis meist angenommen – mittelbar Einfluss auf das Abstimmungsergebnis haben können.

Noch wichtiger ist die Frage, ob eine Stimmenthaltung rechtlich zulässig ist. In den prozessualen Spruchkörpern, wie etwa einer Schwurgerichtskammer beim Landgericht oder einem Zivilsenat beim Bundesgerichtshof, ist es nach § 195 GVG nicht erlaubt, sich bei der Abstimmung zu enthalten. Der Gesetzgeber will hier verhindern, dass ein Mitglied nicht abstimmt, verlangt also, dass sich ein jedes Mitglied des Spruchkörpers für oder gegen den Beschlussantrag entscheidet. Eine vergleichbare Vorschrift gibt es im materiellen Recht nicht. Daraus folgt zweierlei: Zum einen ist es materiell-rechtlich möglich, sich der Stimme zu enthalten – wenngleich dies eine Vielzahl Folgefragen aufwirft, bis zu jener, ob auch derjenige, der sich einer Stimme enthält, für das Stimmverhalten haften kann[39]. Zum anderen erscheint es denkbar, dass in der für dieses Kollektivorgan zugrunde liegenden Satzung oder Vereinbarung eine dem § 195 GVG vergleichbare Regelung aufgenommen wird, nach der sich kein Organwalter der Stimmabgabe verweigern darf.[40]

[39] Ausführlich in § 16 II. – IV.

[40] Auch im öffentlichen Recht sind derartige Regelungen bekannt (vgl. etwa Art. 48 Abs. 1 Satz 2 BayGemeindeordnung („Kein Mitglied darf sich der Stimme enthalten"; von BayVerfGH, Entscheidung v. 23.07.1984 – Vf. 15 – VII/83, NVwZ 1985, 823 als verfassungsgemäß eingeschätzt).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

III. Der Beschluss als Rechtsgeschäft eigener Art

1. Zur Anwendung der Rechtsgeschäftslehre auf den Beschluss als Rechtsgeschäft eigener Art

Sind damit die Stimmabgaben und Stimmenthaltungen geklärt, ist nun der Beschluss zu betrachten. Der Beschluss ist weder Vertrag noch Gesamtakt,[41] sondern ein Rechtsgeschäft eigener Art[42]. Mit dem Begriff „Gesamtakt" sollte früher das Zusammenwirken mehrerer Personen beschrieben werden, die in Gemeinschaften einen einheitlichen Willen durch Zustimmung aller bilden.[43] Dieser Begriff wird hier für den Beschluss nicht verwendet, da er nicht nennenswert etwas zu klären vermochte und seit seiner Einführung nebulös blieb.[44] Es braucht auch nicht zu verunsichern, dass selbst der BGH bis in die jüngere Zeit den Beschluss als Gesamtakt bezeichnet.[45] Eine dogmatische Positionierung war damit wohl nie verbunden.

Die Rechtsgeschäftslehre teilt sich im Bereich der mehrseitigen Rechtsgeschäfte in Verträge und Beschlüsse.[46] Der Beschluss als Rechtsgeschäft ist von den soeben erörterten Willenserklärungen zu unterscheiden.[47] Ob die Vorschriften über Wil-

---

[41] *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 326 und 333; *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1056; *Flume*, BGB AT, Band 2 – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 32 Nr. 2; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 2 a; *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 51; *Bitter/Röder*, BGB AT, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 9; *Enzinger*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 9. Wohl irrtümlich die Lehre vom Gesamtakt im Wohnungseigentumsrecht als h. M. angenommen *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 10 Rn. 189 und vor §§ 23 ff. Rn. 1. Aus früherer Zeit für den Gesamtakt (genauer: die „Gesammtaktion") *v. Gierke*, Deutsches Privatrecht I, S. 501 (überzeugend aber dann S. 503 Fn. 80, wonach „[e]instimmiger Beschluß […] immer noch grundsätzlich etwas Anderes als Willensübereinstimmung Aller [bleibt]").

[42] Oben Fn. 6 und exemplarisch *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 52; *Deckert*, ZMR 2008, 585, 587.

[43] Ähnlich *Flume*, BGB AT, Band 2 – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 32 Nr. 2; *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 29 Rn. 14.

[44] *Flume*, BGB AT, Band 2 – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 32 Nr. 2 („Der Begriffsbildung kommt keine Bedeutung zu"); *Enzinger,* in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 8 („Die Versuche des Schrifttums, aus der begrifflichen Einordnung Sachlösungen zu finden, sind erfolglos geblieben"); ähnlich auch *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1056.

[45] Den Beschluss als Gesamtakt noch bezeichnend BGH, Beschl. v. 10.09.1998 – V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 297 und BGH, Beschl. v. 19.09.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63, 67 (wobei der BGH wohl nur die Terminologie, nicht aber die rechtsgeschäftliche Dogmatik aufgreifen wollte, so auch *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 50); ebenso *Leipold,* BGB I, 10. Aufl. 2019, § 10 Rn. 8. *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 50 nimmt an, dass die „Lehre vom Gesamtakt heutzutage keine Anhänger mehr findet", was mit Blick auf die Terminologie beim BGH und die wohl irrtümliche Einschätzung von *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 10 Rn. 189 und vor §§ 23 ff. Rn. 1, es handele sich um die herrschende Meinung, jedenfalls nicht zweifelsfrei ist.

[46] Zutreffend schon *Winnefeld,* DB 1972, 1053, 1056; *Dörner*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, vor §§ 104 – 185 Rn. 3.

[47] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 13. Siehe aber noch zur These vom Beschluss als hybrides Rechtsgeschäft § 12 IV.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lenserklärungen bzw. Rechtsgeschäfte auf die Stimmabgaben bzw. den Beschluss anwendbar sind (etwa §§ 104 ff., 116 ff. und 164 ff. BGB), ist für jede Norm einzeln zu prüfen,[48] da die Rechtsgeschäftslehre des BGB vorrangig „vertraglich gefärbt" ist.

Es soll nachfolgend versucht werden, bei möglichst vielen Vorschriften der Rechtsgeschäftslehre deren unmittelbare oder zumindest entsprechende Anwendung auf Beschlüsse zu begründen. Dies hat nichts mit einer „sklavischen Übertragung der Vorgaben der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre auf den Beschluss"[49] zu tun, der begegnet werden müsse, sondern mit dem Bestreben, eine eigens für Beschlüsse geschaffene parallele Rechtsgeschäftslehre, quasi eine „Parallel-Rechtsgeschäftslehre" zu vermeiden. Gleiches gilt folglich für die Stimmabgaben – auch auf diese Willenserklärungen sollen die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften so weit wie möglich zur Anwendung gelangen.[50]

2. Verfahrensbeschlüsse

Verfahrensbeschlüsse,[51] die typischerweise den Ablauf der Versammlung oder Details zur Beschlussprozedur regeln und meist als Geschäftsordnungsbeschlüsse verschlagwortet werden, stellen ebenfalls Beschlüsse im Sinne der Rechtsgeschäftslehre dar.[52] Diese Verfahrensbeschlüsse setzen sich gleichfalls aus zumindest einer Willenserklärung zusammen,[53] da sie auf eine Rechtsfolge abzielen, wenngleich diese meist nur Rechtswirkungen innerhalb der jeweiligen Versammlung haben. So hat beispielsweise der Verfahrensbeschluss, mit dem ein Organwalter zum Versammlungsleiter bestellt wird, die Rechtsfolge, dass diese Person fortan die Kompetenz hat, Beschlüsse zu verkünden und damit die (Sach-)Beschlüsse als Rechtsgeschäft entstehen zu lassen.[54] Soweit vertreten wurde, dass Verfahrensbeschlüsse deshalb keine Beschlüsse im Sinne der Rechtsgeschäftslehre seien, da sie –

---

[48] *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 2 a: „Die Vorschriften über Rechtsgeschäfte sind nicht generell unanwendbar, aber sie sind vielfach durch Spezialregeln verdrängt"; *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 53. Teils wird angenommen, die Anwendung hänge vom jeweiligen Beschlussgegenstand ab, *Enzinger*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 10.

[49] So die Bedenken von *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 13, der dann aber einräumt, dass man „den Beschluss nicht vollkommen von seinen rechtsgeschäftlichen Wurzeln" lösen könne.

[50] Sehr weit (und im Ergebnis zu weit) etwa *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 47 Rn. 8: „bürgerlich-rechtliche Vorschriften […] voll anwendbar".

[51] Terminologie nach *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1054 und *Greiner*, ZWE 2016, 297.

[52] *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 317 (dort Ordnungsbeschlüsse genannt). Aus dem Wohnungseigentumsrecht etwa *Greiner*, ZWE 2016, 297, 300; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 24 WEG Rn. 198; *Skauradszun*, in: Soergel, 2018, § 23 WEG Rn. 16.

[53] Ebenso *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 317; *Greiner*, ZWE 2016, 297; ablehnend *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1054.

[54] Dazu ausführlich noch in § 4 VII.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

etwa im Gesellschaftsrecht – nur innergesellschaftliche Bedeutung hätten,[55] hat sich diese Einschränkung zu Recht nicht durchgesetzt. Rechtsgeschäftlich sprechen die genannten Argumente gegen diese Einschränkung.[56] Rechtstatsächlich haben zahlreiche (Sach-)Beschlüsse nur innerorganschaftliche Bedeutung, ohne dass ernsthaft in Abrede gestellt worden wäre, diesen Beschlüssen die Qualität eines Rechtsgeschäfts abzusprechen.

3. Auslegung von Beschlüssen

Willenserklärungen und Verträge müssen tagtäglich ausgelegt werden. Im Wesentlichen nimmt der Rechtsanwender die Auslegung auf Grundlage von §§ 133, 157 BGB vor, wonach bei der Auslegung einer Willenserklärung der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften ist, ferner Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. So einfach dies nach dem Gesetzeswortlaut scheint, ist die Auslegung von Verträgen jedoch nicht. So hat sich etwa bei Gesellschaftsverträgen von Kapital- und Publikumsgesellschaften durchgesetzt, nur formelle Satzungsbestimmungen nach den §§ 133, 157 BGB auszulegen, also die gewöhnlichen schuldrechtlichen Abreden der Gesellschafter untereinander. Materielle Satzungsbestimmungen, mithin Regelungen, die das Verhältnis der Gesellschaft zu ihren Gesellschaftern, die Organisation der Gesellschaft und das Verhältnis zu Dritten regeln, seien jedoch objektiv auszulegen.[57] Es wird danach gefragt, wie ein objektiver Dritter die Regelung verstehen würde. Das macht durchaus Sinn, da der Gesellschaftsvertrag auch Personen binden soll, die erst später Mitglied der Gesellschaft werden und jedenfalls im Laufe der Zeit kaum mehr zuverlässig bestimmt werden kann, was die einzelnen Vertragspartner wirklich gewollt hatten. Schon dieses Beispiel zeigt, dass in der Rechtsgeschäftslehre der Grundsatz nach § 133 BGB auch bei Verträgen nicht uneingeschränkt gilt.

Wer dieser Erkenntnis folgen will, wird wenig Bedenken haben, dass auch die Auslegung von Beschlüssen nicht in einem Satz geklärt werden kann. Es ist zwar so, dass auch Stimmabgaben und Beschlüsse nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB ausgelegt werden können, allerdings nur, wenn diese Beschlüsse einen Ein-

[55] So *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1054.

[56] Besonderheiten gibt es aber insoweit, als dass im Regelfall kein Rechtsschutzinteresse erkennbar ist, einen Verfahrensbeschluss anfechten zu können (so schon *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 317), da etwaige Streitpunkte typischerweise bei der Überprüfung des (Sach-) Beschlusses mitgeprüft werden können.

[57] *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 2 Rn. 19; *Schäfer*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 171 und 175 für die objektive Auslegung bei Publikumsgesellschaften; *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 20 f. und § 4 Rn. 17. Nach ganz herrschender Meinung soll es für typische Personengesellschaften hingegen bei den Auslegungsgrundsätzen der §§ 133, 157 BGB verbleiben.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zelfall zwischen den aktuellen Organwaltern regeln.[58] Nur dann kann der Tatrichter den wirklichen Willen der Organwalter erforschen und dürfte sich über den buchstäblichen Sinne des Ausdrucks hinwegsetzen, wenn dieser nicht dem wirklichen Willen der Organwalter entspricht. Da aber Beschlüsse auch für Dauerregelungen gefasst werden können, später auch diejenigen Personen binden sollen, die im Zeitpunkt der Beschlussfassung *noch nicht* Organwalter waren,[59] und – spiegelbildlich – die damals beteiligten Organwalter ggf. mittlerweile *nicht mehr* Organwalter sind, hat sich auch bei der Auslegung von Beschlüssen die Erkenntnis durchgesetzt, dass diese objektiv auszulegen sind.[60] Besonders deutlich zeigt § 10 Abs. 4 WEG, dass auch der Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers an die in der Vergangenheit gefassten Beschlüsse gebunden ist.[61] Zum Schutz der späteren Organwalter hat der Tatrichter also primär den Wortlaut des Beschlusses zu untersuchen und diesen „aus sich heraus" auszulegen.[62]

Neben dieser Parallele von Gesellschaftsverträgen und Beschlüssen, ist jedoch ein bemerkenswerter Unterschied herauszuarbeiten. Die objektive Auslegung der genannten Gesellschaftsverträge wird auch damit begründet, dass die Satzungen objektives Recht gegenüber Dritten schafften und damit ähnlich wie Gesetze ausgelegt werden müssten.[63] Das ist unzweifelhaft nachvollziehbar etwa für eine Satzungsregelung zum Sitz der Gesellschaft, weil diese Regelung für die Gläubiger und das Insolvenzgericht objektives Recht im Falle der Insolvenz der Gesellschaft schafft, da für den Eröffnungsantrag anhand der Satzung die örtliche Zuständigkeit des Insolvenzgerichts bestimmt wird (Art. 3 Abs. 1 UA 2 Satz 2 EuInsVO, §§ 3, 14 InsO). Genauso nachvollziehbar ist dies etwa für eine in der Satzung bestimmte Einzelvertretungsmacht, da ein Vertragspartner anhand dieser Regelung ermitteln kann, wie die Gesellschaft wirksam vertreten wird. Beschlüsse hingegen sollen grundsätzlich kein objektives Recht gegenüber Dritten schaffen, da Beschlüsse der internen Willensbildung im Kollektivorgan dienen. Sie haben im Grundsatz keine direkte Außenwirkung.[64] Das bei Gesellschaftsverträgen nachvollziehbare Argument für eine objektive Auslegung trägt bei Beschlüssen also nicht.

---

[58] Etwa für das Wohnungseigentumsrecht *Engelhardt*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 23 WEG Rn. 30; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 26.

[59] *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 35 Rn. 36.

[60] Für das Wohnungseigentumsrecht etwa *Jennißen*, in: Jennißen/Schmidt, Der WEG-Verwalter, 2. Aufl. 2010, A Rn. 82 und für Gesellschaftsrecht etwa *Enzinger*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 11.

[61] Siehe § 10 Abs. 3 WEG-E in der Fassung des WEMoG-RegE vom 23.03.2020.

[62] Für das Wohnungseigentumsrecht BGH, Urt. v. 08.04.2016 – V ZR 104/15, NZM 2016, 553, 554; *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 113; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 25.

[63] Grundlegend BGH, Urt. v. 11.10.1993 – II ZR 155/92, NJW 1994, 51; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 2 Rn. 19.

[64] Hierzu noch ausführlich in § 12. Überblicksartig ist für Ausnahmen etwa auf § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 Alt. 2 WEG hinzuweisen (Vertretungsmacht des Verwalters im Außenverhältnis wird *durch Beschluss* erteilt, *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 27 Rn. 130), ferner auf § 87

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Keine Bedenken bestehen, dass bei der objektiven Auslegung auch Urkunden herangezogen werden, auf die der jeweilige Beschluss – entsprechend dem Gebot der inhaltlichen Klarheit und Bestimmtheit – zweifelsfrei Bezug nimmt.[65] Genau spiegelverkehrt zu dem Regelfall des § 133 BGB über die Auslegung von Willenserklärungen ist nach alldem bei der objektiven Auslegung gerade nicht zu erforschen, was womöglich der wirkliche Wille der damaligen Organwalter gewesen sein könnte.

Bei Verträgen ist schließlich eine *ergänzende* Vertragsauslegung anerkannt.[66] Erneut sind die Gesellschaftsverträge ein wichtiger Anwendungsbereich. Der Tatrichter hat danach zu fragen, was die Gesellschafter, hätten sie die Regelungslücke im Gesellschaftsvertrag erkannt, redlicher Weise geregelt hätten. Das Bedürfnis nach einer ergänzenden Auslegung ist auch bei Beschlüssen nicht von der Hand zu weisen. Da die Beschlussgegenstände typischerweise vorher anzukündigen sind (vgl. etwa § 23 Abs. 2 WEG, § 51 Abs. 4 GmbHG) und damit zugleich eine inhaltliche Grenze für den jeweiligen Beschluss bilden, kann sich die ergänzende Auslegung von Beschlüssen auch nur im Rahmen des angekündigten Beschlussgegenstands bewegen.[67] Von dieser Besonderheit abgesehen, hat der Tatrichter aber auch bei Beschlüssen zu ermitteln, was die Organwalter, hätten sie die Regelungslücke erkannt, redlicher Weise beschlossen hätten.[68]

4. Teilbarkeit von Beschlüssen

Der Gesetzgeber hat die etwaige Teilbarkeit von Verträgen in § 139 BGB geregelt. Ist danach ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde.

Ob auch Beschlüsse teilbar sind, wurde im BGB nicht normiert. Eine solche Teilbarkeit wird in Rechtsprechung und Schrifttum jedoch häufig angenommen.[69] Ein wichtiger Anwendungsbereich in der Praxis besteht in den Fällen einer Außenwirkung des Beschlusses darin, dass mit einem Beschluss ein Vertrag zwischen

Abs. 2 AktG (Beschluss verändert Antstellungsvertrag zwischen AG und Vorstandsmitglied; ausführlich in § 12 IV. 2.).

[65] BGH, Urt. v. 08.04.2016 – V ZR 104/15, NZM 2016, 553, 554; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 25.

[66] Überblick über die Dogmatik und § 242 BGB als Rechtsgrundlage für die Rechtsfortbildung etwa *Busche*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 157 Rn. 26 ff.

[67] *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 112; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 25.

[68] *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 112; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 25.

[69] BGH, Versäumnisurt. v. 11.05.2012 – V ZR 193/11, NJW 2012, 2648, Tz. 10 ff.; *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 324; *Merle*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 168; *Zschieschack*, ZMR 2018, 159, 161.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dem Verband bzw. der Gemeinschaft und einem Dritten genehmigt wurde, sich dann aber herausstellt, dass einzelne Klauseln des Vertrags rechtswidrig sind. Dann kann die Frage aufkommen, ob der Beschluss, mit dem der Vertrag genehmigt wurde, teilbar ist. Demzufolge könnte der so geteilte Beschluss zumindest die rechtmäßigen Bestandteile des Vertrags weiter genehmigen. Diese Problematik stellt sich etwa immer wieder bei Vorstands- oder Geschäftsführeranstellungsverträgen und Verwalterverträgen.[70]

Nach der hier vertretenen Auffassung ist § 139 BGB auch auf Beschlüsse anwendbar. Als spezielle Auslegungsregelung[71] schließt sie an die im vorherigen Kapitel dargestellten Grundsätze zur Auslegung von Beschlüssen an. Kann durch Auslegung ermittelt werden, dass der Beschluss auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde, kann der Beschluss mittels § 139 BGB aufrechterhalten werden. Wie auch bei Verträgen kann dann jedoch die Frage aufkommen,[72] wie die Lücke des Rechtsgeschäfts geschlossen werden muss, die der teilnichtige Beschluss hinterlässt. Ähnlich den Verträgen ist dann zu fragen, welche Entscheidung die Organwalter vernünftigerweise nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte getroffen hätten. Der Beschluss wird also einer ergänzenden Beschlussauslegung unterzogen.

Im Übrigen hat ein nur teilweise aufrecht erhaltener und teilweise nichtiger Beschluss keine unmittelbaren Auswirkungen auf das Rechtsgeschäft im Außenverhältnis, das die Gemeinschaft bzw. der Verband mit dem Dritten auf Grundlage des internen Beschlusses abgeschlossen hatte.[73] Für das wohnungseigentumsrechtliche Beschlusswesen wird dies teils aus § 47 FamFG abgeleitet,[74] teils aus § 23 Abs. 4 WEG[75], teils als Gewohnheitsrecht angenommen[76]. Eine ähnliche Wertung ist im Schrifttum bei unwirksam bestellten Geschäftsleitern bekannt. Zum Schutz des Rechtsverkehrs wird § 15 Abs. 1 und 3 HGB angewandt, so dass die zwischen Verband und Dritten im Außenverhältnis abgeschlossenen Rechtsgeschäfte wirksam sind.[77] Da zum einen der Beschluss der Willensbildung des Kollektivorgans im In-

[70] Zu einem solchen Anwendungsbereich *Zschieschack*, ZMR 2018, 159, 161.

[71] *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 15 Rn. 2.

[72] *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 15 Rn. 7.

[73] Für Beschlüsse im Wohnungseigentumsrecht *Zschieschack*, ZMR 2018, 159, 161.

[74] BGH, Beschl. v. 21.06.2007 – V ZB 20/07, NJW 2007, 2776, Tz. 9 (zu § 32 FGG).

[75] LG Frankfurt a. M., Urt. v. 28. 06. 2017 – 2 – 13 S 191/14, NJW 2018, 85, Tz. 19 ff.

[76] So noch *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.05.2019, § 26 WEG Rn. 118.1 (Stand 01.04.2020 findet sich seine neue, geänderte Darstellung in Rn. 119.1 f.).

[77] Dazu *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, vor § 35 Rn. 9 (auch mit Hinweis auf die Duldungs- und Anscheinsvollmacht); knapp zum Schutz der Dritten im Außenverhältnis auch *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, Anh. zu § 47 Rn. 87, der dies wie *Teichmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2019, Anh. § 47 Rn. 76 auch für die kraft Urteils für unwirksam erklärten Beschlüsse annimmt. Auch bei Beschlüssen der Hauptversammlung gem. § 119 Abs. 2 AktG wird angenommen, dass diese nur interne Bedeutung haben und das im Außenverhältnis abgeschlossene Rechtsgeschäft selbst

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nenverhältnis dient und selbst im Grundsatz keine Außenwirkung hat,[78] zum anderen Dritte im Rechtsverkehr zu schützen sind, erscheint diese Wertung auf alle privatrechtlichen Kollektivorgane verallgemeinerungsfähig.

dann wirksam bleibt, wenn der Beschluss für (teilweise) unwirksam erklärt wird (so etwa *Ehmann*, in: Grigoleit, AktG, 2013, § 248 Rn. 5). Für bestimmte Beschlüsse wie Kapitalerhöhungen wird allerdings häufig die Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft herangezogen (*Ehmann*, a. a. O.; ausführlich zu verschiedenen Fallgruppen *Hüffer/Schäfer*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2016, § 248 Rn. 20 ff.).

[78] *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 17 Rn. 59. Siehe auch Fn. 64 und zu Ausnahmen im Detail § 12.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 4 Die Beschlussprozedur – Der Weg zum Beschluss

Nachdem geklärt wurde, wie Beschluss und zugrunde liegende Stimmabgaben bzw. Stimmenthaltungen in die Rechtsgeschäftslehre eingebettet sind, gilt es nun, das Hauptkapitel des Allgemeinen Teils in Angriff zu nehmen. Die in diesem Kapitel untersuchte Beschlussprozedur[1] ist „Legitimationsgrundlage des Beschlusses“[2]. Der Weg zum Rechtsgeschäft ist also gewolltermaßen und notwendigerweise förmlich. Das nun folgende Kapitel bildet zugleich die Grundlage für alle Sonderfälle des Besonderen Teils. Die Untersuchung geht dabei in der zeitlichen Abfolge der Beschlussprozedur vor und beleuchtet den Beschluss somit von der Tatbestandsebene bis hin zu seiner Wirksamkeit.

Obgleich für die nachfolgende Untersuchung eine Reihe von Tatbestandsmerkmalen zu klären sind, darf nicht der Eindruck entstehen, eine Beschlussfassung sei stets sehr aufwendig, während der Vertragsschluss durch seine Leichtgängigkeit charakterisiert ist. Beides wäre zu pauschal und würde die Beschlussprozedur verkomplizieren und den Vertragsschluss simplifizieren. Es ist zwar so, dass Antrag und Annahme i. S. d. §§ 145, 147 BGB für viele Vertragsschlüsse schnell ausgetauscht sind. Sobald der Vertragsgegenstand jedoch die Alltagsebene verlässt, kann auch beim Vertragsschluss ohne Weiteres ein höherer Aufwand entstehen – man denke nur an den „M&A-Deal“ zu einem Geschäftsanteilskauf- und Abtretungsvertrag. Hier füllen oft schon die Begriffsdefinitionen zu Beginn des Vertrags etliche Seiten. Im Gegenzug würde man der Beschlussprozedur Unrecht tun, würde man sie – obgleich sie Legitimationsgrundlage ist – grundsätzlich als kompliziert darstellen. Das sogenannte „Durchwinken“ von Beschlussanträgen mag ein Bild dafür sein, dass Beschlüsse mitunter ebenfalls sehr schnell und unkompliziert gefasst werden können.

[1] *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 3 verwendete diesen Begriff zuvor für gesellschaftsrechtliche Beschlüsse. *Jacoby*, Das private Amt, S. 430 spricht auch allgemeiner von der Beschlussprozedur. Alternativ verwendet *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 8 die Begriffe „Prozeß“ und (S. 11) „Verfahren“.

[2] *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 3; *Skauradszun*, ZWE 2020, 105, 107.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

I. „Abschluss“, „Zustandekommen“ und „Wirksamkeit“ als dogmatische Kategorien

Die nachfolgende Untersuchung basiert auf zwei zentralen Vorarbeiten. Sie fußt zum einen auf dem Ansatz von Leenen, beim Vertrag zwischen dem „Abschluss“, dem „Zustandekommen“ und der „Wirksamkeit“ zu trennen[3] und folgt zum anderen dem Vorschlag von Häublein, diese Dreiteilung nicht nur beim Vertrag, sondern auch beim Beschluss vorzunehmen.[4]

Diese dogmatischen Kategorien werden vom BGH und im Schrifttum gerade beim Beschluss immer wieder vermengt.[5] Vereinzelt finden sich auch im Gesetzestext Vermengungen.[6] Eine genaue Differenzierung wird aber nicht nur helfen, Komplikationen in der Beschlussprozedur richtig zuzuordnen, die unterschiedlichen dogmatischen Konzepte führen in der Rechtspraxis auch zu unterschiedlichen Ergebnissen: Sie entscheiden darüber, zu welchem Zeitpunkt der Beschluss als Rechtsgeschäft entsteht und wirksam ist, ab wann Bindungswirkungen für die Organwalter eintreten und wie formale und inhaltliche Beschlussmängel im Prozessrecht behandelt werden. Diese unterschiedlichen Ergebnisse sind darauf zurückzuführen, dass Tatbestandsmerkmale andere Funktionen haben als Wirksamkeitserfordernisse. Während zu den Tatbestandsmerkmalen gehört, was notwendig ist, um überhaupt von einem Rechtsgeschäft sprechen zu können, haben Wirksamkeitserfordernisse Einfluss auf die Frage, ob die gewünschte Rechtsfolge des Rechtsgeschäfts eintritt oder nicht.[7]

Die einzelnen Schritte in der Beschlussprozedur werden daher nachfolgend den dogmatischen Kategorien „Abschluss“, „Zustandekommen“ und „Wirksamkeit“ zugeordnet, womit zugleich eine zielgenaue Stellungnahme zu einer Vielzahl großer Meinungsstreitigkeiten zur Beschlussprozedur möglich wird. Es wird sich am Ende zeigen, dass die Beschlussprozedur bei allen privatrechtlichen Kollektivorganen im Ausgangspunkt auf Tatbestandsebene verortet werden kann (dazu in § 4 III. – VI.) und nur wenige Erfordernisse wie die Beurkundung der Beschlussprozedur oder die

[3] *Leenen*, AcP 188 (1988), 381 ff.

[4] *Häublein,* in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 20 ff.

[5] Musterbeispiel ist die Grundsatzentscheidung BGH, Beschl. v. 23.08.2001 – V ZB 10/01, NJW 2001, 3339, in der der BGH die Verkündung des Beschlusses in einem Atemzuge als Tatbestandsmerkmal, im nächsten als Wirksamkeitserfordernis einschätzt. *Häublein,* in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 20 nennt ferner Beispiele aus dem Schrifttum.

[6] Musterbeispiel ist das Freigabeverfahren nach § 246a AktG, mit dem ein Senat eines Oberlandesgerichts durch Beschluss feststellen kann, dass die Erhebung einer Klage gegen einen Beschluss der Hauptversammlung der Eintragung in das Handelsregister nicht entgegensteht. Dies ist *inter alia* nach § 246a Abs. 2 Nr. 3 AktG möglich, wenn das „alsbaldige Wirksamwerden des Hauptversammlungsbeschlusses vorrangig erscheint“. Tatbestandlich ist dieser Beschluss jedoch mit der Verkündung durch den Versammlungsleiter entstanden. Sein prozessuales Schicksal ist aufgrund einer Klage aber noch offen, weshalb das Handelsregister gegenwärtig keine Eintragung vornimmt.

[7] Vgl. *Neuner,* Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2020, § 28 Rn. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister Wirksamkeitserfordernisse darstellen (§ 4 VIII.).

1. „Abschluss", „Zustandekommen" und „Wirksamkeit" beim Vertrag

Leenen hat nicht nur daran erinnert, dass bei bürgerlich-rechtlichen Verträgen genau zwischen dem Tatbestand und der Wirksamkeit unterschieden werden kann und muss.[8] Er hat insbesondere herausgearbeitet, dass auf tatbestandlicher Ebene zwischen dem „Abschluss" und dem „Zustandekommen" des Vertrags getrennt werden kann und in welcher Reihenfolge[9] diese drei Kategorien zu prüfen sind. Das „Zustandekommen" setze zunächst den „Abschluss" voraus.[10] Der „Abschluss" sei dabei derjenige Rechtsakt, der den Vertrag als Regelung in Geltung setzen soll. Dieser Rechtsakt führe nicht grundsätzlich dazu, dass das gewünschte Ziel – der Vertrag – auch erreicht werde. Das sei etwa nicht der Fall, wenn es den beteiligten Personen nicht gelingt, eine einverständliche Regelung zu schaffen. Dann käme das Rechtsgeschäft nicht zustande, obwohl die Ebene des Abschlusses durchlaufen worden sei.[11] Das „Zustandekommen" sei sodann der nächste Schritt und betreffe ebenfalls den Tatbestand des Rechtsgeschäfts.[12]

Ob ein Rechtsgeschäft „wirksam" ist oder nicht, könne grundsätzlich erst dann geprüft werden, wenn überhaupt ein Vertrag zustande gekommen ist. Liegt etwa bei einem Vertrag ein Formmangel vor, führe das nicht dazu, dass insgesamt kein Vertrag mehr vorliege, sondern dazu, dass der Vertrag nicht wirksam sei. Denn die Wirksamkeit sei kein tatbestandliches Merkmal eines Vertrags.[13] Wolle man aber die Wirksamkeit prüfen, ohne untersucht zu haben, ob überhaupt ein Vertrag vorliegt, fehle der Wirksamkeitsprüfung der Bezugspunkt.[14] Zunächst sei daher zu untersuchen, ob das rechtsgeschäftliche Handeln der Personen ausreichend war, um etwas zu schaffen, das überhaupt als Vertrag anzusehen sei.[15]

Der von Leenen herausgearbeiteten Differenzierung wird im Folgenden gefolgt. Sie entspricht der Systematik des BGB. So geht der Gesetzgeber in § 108 Abs. 1 BGB ausweislich der Überschrift („Vertragsschluss") und dem Wortlaut in Abs. 1

---

[8] *Leenen*, AcP 188 (1988), 381; ihm folgend *Häublein,* in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 20.

[9] *Elzer*, ZWE 2007, 165, 166 spricht später von einer „logische[n] Reihenfolge".

[10] *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 391.

[11] Komplikationen wie ein Dissens seien folglich auf der Ebene des Zustandekommens zu prüfen, *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 391.

[12] *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 391.

[13] *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 386. Parallel dazu geht *Altmeppen*, NJW 2016, 2833, 2836 zu Recht davon aus, dass auch bei Nichtigkeit der Beschluss des Kollektivorgans immer noch das Ergebnis der Beschlussfeststellung ist.

[14] *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 386.

[15] *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 386 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

(„[s]chließt […] einen Vertrag“) davon aus, dass der Tatbestand des Vertrags erfüllt wurde, das Rechtsgeschäft allerdings noch nicht wirksam ist („hängt die Wirksamkeit des Vertrags von der Genehmigung des Vertreters ab“). Genauso lässt sich diese Differenzierung mit § 177 Abs. 1 BGB verdeutlichen, der den erfolgreichen „Abschluss“ und das „Zustandekommen“ erneut in der Überschrift und im Wortlaut nennt, jedoch dem Rechtsgeschäft gegenwärtig keine Wirksamkeit zuspricht. Am deutlichsten wird die Differenzierung in § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB, wenn der Gesetzgeber formuliert, dass ein ohne Beachtung der notariellen Beurkundung „geschlossener Vertrag“ gültig und somit wirksam werden kann, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.[16]

2. „Abschluss“, „Zustandekommen“ und „Wirksamkeit“ beim Beschluss

Soll der Beschluss so gut wie möglich in die Rechtsgeschäftslehre des BGB integriert werden, liegt der Gedanke nahe, die Differenzierung in „Abschluss“, „Zustandekommen“ und „Wirksamkeit“ auch beim Beschluss vorzunehmen. Häublein hat die von Leenen herausgearbeitete Differenzierung aufgegriffen und zu Recht gefordert, auch bei Beschlüssen genauer zwischen Tatbestand und Wirksamkeit zu trennen sowie innerhalb des Tatbestands zwischen Abschluss und Zustandekommen zu unterscheiden.[17] Häublein erörtert diese Differenzierung zwar für Beschlüsse der Wohnungseigentümerversammlung, seine Ausführungen sind jedoch auch auf die Beschlüsse anderer Kollektivorgane übertragbar.

Im Anschluss an die Arbeiten von Leenen zum Vertrag und den Appell von Häublein für eine vergleichbare Differenzierung beim Beschluss soll nachfolgend gezeigt werden, was auf Ebene des Tatbestands für den Abschluss eines Beschlusses und für dessen Zustandekommen erforderlich ist.

Um mit einer Beschlussprozedur beginnen zu können, ist zunächst die Beschlussfähigkeit zu prüfen (dazu unter § 4 II.), sodann liegt das Augenmerk auf dem Beschlussantrag (§ 4 III.). Ist dieser zur Abstimmung gestellt, ist zu klären, wie sich die Stimmabgabe vollzieht, insbesondere wer Empfänger der Willenserklärungen ist (§ 4 IV.). Es schließen sich Ausführungen zur Feststellung des Abstimmungsergebnisses an (§ 4 V.). Brennpunkt der Beschlussprozedur und sehr umstritten ist die Verkündung des Beschlusses (§ 4 VI.). In diesem Kapitel wird auch das Plädoyer für ein Verständnis der Verkündung als Tatbestandsmerkmal gehalten. Da dem Ver-

[16] Die genannten drei Beispiele werden von *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 387 f. vertiefter dargestellt.

[17] *Häublein,* in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 20 ff. Die Unterscheidung von Tatbestandsmerkmalen und Wirksamkeitserfordernissen beim Beschluss haben freilich weitere Autoren vorgenommen. Vgl. exemplarisch *Casper*, Die Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht, S. 30 ff., 39 ff. und knapper *ders.*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 47 Rn. 4; ferner *Elzer*, ZWE 2007, 165 (er definiert den Begriff „Wirksamkeitsvoraussetzungen“ als „Entstehungsvoraussetzungen“ und meint die Tatbestandsebene).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sammlungsleiter bei alldem eine besondere Rolle zukommt, ist ihm ein eigenes Kapitel gewidmet (§ 4 VII.). Schließlich ist zu untersuchen, ob sich die Beschlussprozedur ändert, wenn Beschlüsse einer Niederschrift oder Eintragung im Handelsregister bedürfen (§ 4 VIII.). Diese Grundlegung im Allgemeinen Teil der Arbeit soll dann das Fundament bilden, um im Besonderen Teil auch komplexere Modifikationen bei der Beschlussprozedur analysieren zu können, wie etwa die Beschlussfassung außerhalb einer Versammlung (§ 8), den Einsatz von Stellvertretern und Boten (§ 11) oder die geheime Stimmabgabe (§ 15).

II. Die Prüfung der Beschlussfähigkeit

Die Prüfung der Beschlussfähigkeit gehört im engeren Sinne nicht zur Beschlussprozedur, da diese „Eingangshürde" noch vor der eigentlichen Beschlussfassung und damit dem ersten Merkmal auf Abschluss des Rechtsgeschäfts ansetzt. Sie kann aber als *Vorprüfung* oder *Vorbedingung* verstanden werden. Fehlt es an der Beschlussfähigkeit, ist – jedenfalls im Moment der Versammlung – die Möglichkeit nicht eröffnet, einen Willen durch Beschluss zu bilden.[18] Es *fehlt* eine ausreichende *Legitimation* für dieses Rechtsgeschäft, da es um ein solches des Kollektivorgans geht und dafür ein gewisser Mindestumfang[19] an Beteiligung im Kollektiv erforderlich ist. Anders gewendet entscheidet die Frage der Beschlussfähigkeit darüber, ob die beteiligten Organwalter des Kollektivorgans im konkreten Fall wirksam auf den Beschluss als Mittel der Willensbildung zurückgreifen können.[20]

Der Gesetzgeber hat nur für einzelne Kollektivorgane Anforderungen an die Beschlussfähigkeit formuliert.[21] Bei den Personengesellschaften hat er auf Vorschriften verzichtet, obwohl Mehrheitsbeschlüsse zugelassen werden (§§ 119 Abs. 2 Halbsatz 1, 161 Abs. 2 HGB). Genauso wenig finden sich in den §§ 32 ff. BGB, §§ 47 ff. GmbHG, §§ 133 ff. AktG, §§ 43 ff. GenG oder §§ 74 ff. InsO Regelungen zur Beschlussfähigkeit der Mitglieder-, Gesellschafter-, Haupt-, General- oder Gläubigerversammlung. Ausdrückliche Regelungen zur Beschlussfähigkeit sind

[18] *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 76. Zur gesetzgeberischen Reaktion auf eine beschlussunfähige Wohnungseigentümerversammlung siehe § 25 Abs. 4 Satz 2 WEG, wonach die Wiederholungsversammlung „ohne Rücksicht auf die Höhe der vertretenen Anteile beschlußfähig" ist; siehe ferner BGH, Urt. v. 10.10.1988 – II ZR 51/88, NJW-RR 1989, 376, wonach im Vereinsrecht zur Wiederholungsversammlung eventualiter einberufen werden darf, sollte die Mitgliederversammlung zunächst beschlussunfähig sein.

[19] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 80.

[20] Ähnlich *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 80.

[21] Aufschluss, warum in manchen Kollektivorganen grundsätzlich von einer Beschlussfähigkeit ausgegangen wird, liefern die Ausführungen in § 5 II. und III.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

jedoch (noch) für die Wohnungseigentümerversammlung in § 25 Abs. 3 WEG[22] (für die sog. Erstversammlung), für den Aufsichtsrat in §§ 31 Abs. 2, 108 Abs. 2 AktG, den Betriebsrat (§ 33 Abs. 2 Halbsatz 1 BetrVG) und für den Gläubigerausschuss in § 72 InsO enthalten.[23] Durch einen Gesellschaftsvertrag, eine Satzung oder eine Geschäftsordnung können Regelungen zur Beschlussfähigkeit getroffen werden, was beispielsweise § 108 Abs. 2 Satz 1 AktG zulässt.[24]

Die Beschlussfähigkeit nicht nur einmal für die gesamte Versammlung, sondern konkret *für jede einzelne Beschlussfassung* zu prüfen, ist Aufgabe des Versammlungsleiters.[25] Die fehlerhafte Beschlussfähigkeit gehört dabei häufig zu den leicht zu überprüfenden Beschlussmängeln.[26] Dies lässt sich etwa anhand von § 108 Abs. 3 Satz 3 AktG zeigen, wonach der Aufsichtsrat durch Beschluss nur dann entscheiden kann, wenn mindestens drei Mitglieder an der Beschlussfassung teilnehmen, was regelmäßig durch Protokolle nachgeprüft werden kann. Hinsichtlich der Beschlussfassung in der Hauptversammlung definieren größere Aktiengesellschaften durch den Versammlungsleiter meist den oder die Räume, die zum Versammlungsraum gehören und treffen Vorsorge, dass sich Aktionäre, die den Versammlungsraum kurzzeitig oder dauerhaft verlassen, abmelden bzw. neu hinzukommende Aktionäre anmelden müssen, um die Beschlussfähigkeit für jeden einzelnen Beschluss feststellen und – falls später forensisch erforderlich – überprüfen zu können.

Wird ein Quorum für die Beschlussfähigkeit nicht vorgegeben, dieses von Anfang an erreicht oder in der Wiederholungsversammlung hinfällig, ist die Vorbedingung für eine Beschlussfassung erfüllt. Die Beschlussprozedur beginnt dann bei allen Kollektivorganen mit dem Beschlussantrag.

---

[22] Die Regelung zur Beschlussfähigkeit soll durch das WEMoG (RegE vom 23.03.2020) entfallen und die Wohnungseigentümerversammlung grundsätzlich beschlussfähig sein, vgl. *Skauradszun*, ZRP 2020, 34, 35.

[23] Beim Aufsichtsrat der Genossenschaft gibt es nur in § 160 Abs. 1 Satz 2 a. E. GenG besondere Rechtsfolgen für den Fall, dass ein Aufsichtsrat länger als drei Monate beschlussunfähig ist. Für den Aufsichtsrat nach dem MitbestG gibt es in § 28 eine besondere Regelung (mindestens die Hälfte muss teilnehmen).

[24] Beispielsweise auch für den Verein und die GmbH unstreitig, vgl. etwa *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, 22. Aufl. 2019, § 48 Rn. 3 und *Leuschner*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 32 Rn. 44.

[25] *Brox*, DB 1965, 731, 733; *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 82; *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 25 WEG Rn. 154. Freilich fällt diese Prüfung ab dem zweiten Beschlussgegenstand denkbar kurz aus, wenn sich die Zusammensetzung im Organ nicht verändert.

[26] Exemplarisch für die Beschlüsse des Aufsichtsrats *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 222 (dort im Übrigen als schwerer Verfahrensfehler bezeichnet). *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 80 spricht sich stets für eine Nichtigkeit aus. Ausführlich zu dieser Fehlerkategorie § 16 I. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

III. Der Beschlussantrag

1. Grundlegung und die Bedeutung von § 150 Abs. 2 BGB bei der Beschlussprozedur

Der Beschlussantrag eröffnet die Beschlussprozedur. Ihm kommt eine besondere Bedeutung zu, da er eine *kanalisierende Funktion* hinsichtlich der zur Auswahl stehenden Entscheidungsmöglichkeiten hat. Baltzer beschreibt die Funktion des Beschlussantrags zu Recht so, dass damit eine „Vorauswahl" und eine „Vorformung" des Willens vorgenommen werde.[27] Da die Organwalter durch den Beschlussantrag gelenkt werden, hat die Formulierung des Beschlussantrags soziologisch in – insbesondere größeren – Kollektivorganen ein erhebliches Gewicht. Wer als fachkundiger Verwalter in einer großen Wohnungseigentümerversammlung oder als Versammlungsleiter einer Publikums-KG den Beschlussantrag formuliert, lenkt mitunter hunderte, gar tausende von Organwaltern, deren Entscheidungsmöglichkeit auf ein JA oder NEIN reduziert ist.

Der Beschlussantrag gehört zum Tatbestand des Beschlusses[28] und ist dem „Abschluss" zuzuordnen. Denn der Beschlussantrag ist derjenige Rechtsakt, der den Beschluss als Regelung in Geltung setzen soll. Der Beschlussantrag führt aber nicht unmittelbar zum gewünschten Ziel – dem Beschluss – und gehört damit nicht zum „Zustandekommen".[29] Ohne einen Beschlussantrag kann es keinen Beschluss geben,[30] genauso wenig wie es ohne Antrag einen Vertragsschluss geben kann. Denn nur der Beschlussantrag bestimmt den Inhalt des Beschlusses; JA- und NEIN-Stimmen vermögen dies hingegen nicht.

Ein Gleichlauf zwischen Beschluss und Vertrag besteht auch dahingehend, dass beide Rechtsgeschäfte nur zustande kommen, wenn die auf den Antrag folgende Willenserklärung keine Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen enthält. Für den Vertrag ist in § 150 Abs. 2 BGB normiert, dass eine solche Willenserklärung andernfalls den Antrag ablehnen würde und im Rechtssinne als neuer Antrag zu werten wäre. Eine modifizierte Annahme gehört damit nicht zu den Gestaltungsoptionen beim Vertragsschluss.[31] Beim Beschluss würde eine JA-Stimme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen ebenfalls nicht

[27] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 105 schreibt, dass „die als Inhalt eines Beschlusses gedachte Lösung des Problems schon vor der endgültigen Entscheidung der Abstimmung auf irgendeine Weise ‚vorausgewählt' und ‚vorgeformt' werden muß".

[28] Unstr.; exemplarisch *Elzer*, ZWE 2007, 165, 167; *Casper*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 47 Rn. 5.

[29] Missverständlich daher, wenn *Casper*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 47 Rn. 7 den Beschlussantrag unter der Überschrift „Zustandekommen des Beschlusses" erörtert.

[30] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 106; für die Beschlüsse in der GmbH-Gesellschafterverammlung *Casper*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 47 Rn. 7.

[31] *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 397.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

als JA-Stimme zählen. Im Einzelfall kann eine Auslegung in Betracht kommen. Ist dies nicht möglich, wäre eine solche Stimmabgabe ungültig. Als Beispiel formuliert hat ein dreiköpfiger Aufsichtsrat darüber zu entscheiden, ob eine bestimmte Maßnahme des Vorstands nach § 93 Abs. 4 Satz 2 AktG gebilligt werden soll. Der Aufsichtsrat entscheidet über den Beschluss i. S. v. § 108 AktG mit der einfachen Mehrheit der Stimmen.[32] Das erste Mitglied des Aufsichtsrats gibt eine NEIN-Stimme ab, das zweite Mitglied äußert „Ja, aber nur wenn …“[33], das dritte Mitglied sagt „Schweren Herzens, also gut!“. Die Willenserklärung des zweiten Mitglieds ist ungültig, da sie weder eine JA- noch eine NEIN-Stimme darstellt. Die Willenserklärung des dritten Mitglieds ist als JA-Stimme auszulegen. Damit liegt eine gültige JA- und eine gültige NEIN-Stimme vor. Die erforderliche Mehrheit für einen billigenden Beschluss liegt folglich nicht vor, da nicht wenigstens eine Stimme mehr für den Beschlussantrag gestimmt hat als dagegen.

Anhand dieses Beispiels lässt sich zeigen, dass es im Rahmen von § 150 Abs. 2 BGB gleichwohl Unterschiede zwischen Vertrag und Beschluss gibt. So fördert § 150 Abs. 2 BGB bei Lichte betrachtet den schnellen Vertragsschluss,[34] da die rechtliche Ablehnung sogleich als neuer Antrag behandelt wird und postwendend angenommen werden könnte. Das ist regelmäßig gerechtfertigt, da nach der Vorstellung des Gesetzgebers am Vertragsschluss häufig nur zwei Parteien beteiligt sind. Beim Beschluss ist jedoch eine Willenserklärung unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen ungültig, die Beschlussprozedur aber dennoch zunächst abzuschließen. Da häufig für die Entstehung des Rechtsgeschäfts die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen genügt, kann es sein, dass es auf die unter Änderungen abgegebene Stimme nicht ankommt. Es wäre also nicht stimmig, im Falle des § 150 Abs. 2 BGB die Beschlussprozedur scheitern zu lassen, wie das beim Vertragsschluss gewollt[35] ist.[36] Es kommt hinzu, dass in vielen Kollektivorganen der einzelne Organwalter nicht, jedenfalls nicht ohne Weiteres, berechtigt ist, neue Beschlussanträge zur Abstimmung zu stellen (vgl. für die Wohnungseigentümer § 23 Abs. 2 WEG, für Aktionäre etwa § 122 Abs. 2 AktG und für GmbH-Gesellschafter §§ 50 Abs. 2, 51 Abs. 4 GmbHG) und spontan gefasste Beschlüsse – sieht man von einer Vollversammlung einmal ab, die Beschlüsse unter Verzicht auf

[32] Das entspricht allgemeiner Meinung, vgl. etwa *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 108 Rn. 6 und *Habersack*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 108 Rn. 20.

[33] Zum „Ja, aber …“ als Ablehnung beim Vertragsschluss *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 398.

[34] *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 398: „im Interesse der Beschleunigung“; *H.-W. Eckert*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 150 Rn. 1 spricht allgemein von einem Fördern des Vertragsschlusses.

[35] Für den Vertragsschluss *H.-W. Eckert*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 150 Rn. 1.

[36] Anders wohl *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 115, der offenbar davon ausgeht, dass der Antrag grundsätzlich abgelehnt sei.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Form- und Fristvorschriften fassen könnte – meist nichtig bzw. anfechtbar wären.[37] Die von § 150 Abs. 2 BGB beim Vertrag geförderte Geschwindigkeit ist also beim Beschluss nicht gewünscht.

2. Der Beschlussantrag als essentialia et accidentalia negotii

Eine weitere Gemeinsamkeit von Vertragsschluss und Beschluss ist bemerkenswert: Was die Haupt- und Nebenpunkte (*essentialia et accidentalia negotii*) in der ersten Willenserklärung beim Vertragsschluss sind, ist der Beschlussantrag vor Abgabe der ersten Stimme bei der Beschlussprozedur.[38] Der Beschlussantrag enthält damit mindestens die wesentlichen Inhalte des nun zur Abstimmung stehenden Rechtsgeschäfts. Dieses Phänomen ist darauf zurückzuführen, dass die Stimmen selbst, also die das Rechtsgeschäft stützenden Willenserklärungen, stets nur auf JA oder NEIN lauten können[39] und daher denknotwendigerweise[40] der den Sachverhalt regelnde Lösungsvorschlag schon vorher entworfen sein muss – typischerweise durch die vorangehende Aussprache, jedenfalls aber durch die Vorarbeit des Versammlungsleiters. Die *essentialia negotii* eines Beschlussantrags können sehr umfangreich sein. Ein anschauliches Beispiel liefern Umwandlungsbeschlüsse nach dem Umwandlungsgesetz. Damit die Organwalter zu einem solchen Beschlussantrag mit JA oder NEIN stimmen können, muss etwa der Beschlussantrag betreffend die Umwandlung der Rechtsform nach § 194 Abs. 1 UmwG die folgenden sieben Punkte bestimmen:

„1. die Rechtsform, die der Rechtsträger durch den Formwechsel erlangen soll;

2. der Name oder die Firma des Rechtsträgers neuer Rechtsform;

---

[37] Ausführlich zur spontanen Ergänzung von Beschlussgegenständen in der Wohnungseigentümerversammlung *Skauradszun*, ZWE 2016, 61, 67 und zum eng damit verzahnten Problem, ob der Versammlungsleiter gleichwohl gewünschte formwidrige Spontanbeschlüsse verkünden darf *Deckert*, ZMR 2008, 585; *J.-H. Schmidt*, in: FS Merle, 2010, S. 329; *J.-H. Schmidt*, ZWE 2016, 385; *Skauradszun*, ZMR 2018, 122. Die Frage, ob gleichwohl gefasste Beschlüsse nichtig oder nur anfechtbar sind, hängt von dem für das jeweilige Kollektivorgan bestehenden Beschlussmängelrecht ab.

[38] Siehe noch mal ausführlicher beim Vergleich der Beschlussprozedur mit der notariellen Beurkundung (§ 4 VI. 3.). *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 26 bezeichnet den Beschlussantrag als „geschäftsähnliche Handlung".

[39] Siehe aber schon oben zur Auslegung der Stimmabgaben (§ 4 III. 1.). Es kann also sein, dass ein Organwalter nicht *mit* JA oder NEIN antwortet, die Antwort aber *als* JA bzw. NEIN zu einem zuvor gestellten Beschlussantrag auszulegen ist. Einmal mehr zeigt dies, wie wichtig in der Beschlussprozedur der Schritt der Feststellung des Abstimmungsergebnisses ist (siehe hierzu sogleich in § 4 V.).

[40] Deshalb trifft es zu, wenn *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 105 schreibt, dass „die als Inhalt eines Beschlusses gedachte Lösung des Problems schon vor der endgültigen Entscheidung der Abstimmung auf irgendeine Weise ‚vorausgewählt' und ‚vorgeformt' werden muß".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. eine Beteiligung der bisherigen Anteilsinhaber an dem Rechtsträger nach den für die neue Rechtsform geltenden Vorschriften, soweit ihre Beteiligung nicht nach diesem Buch entfällt;

4. Zahl, Art und Umfang der Anteile oder der Mitgliedschaften, welche die Anteilsinhaber durch den Formwechsel erlangen sollen oder die einem beitretenden persönlich haftenden Gesellschafter eingeräumt werden sollen;

5. die Rechte, die einzelnen Anteilsinhabern sowie den Inhabern besonderer Rechte wie Anteile ohne Stimmrecht, Vorzugsaktien, Mehrstimmrechtsaktien, Schuldverschreibungen und Genußrechte in dem Rechtsträger gewährt werden sollen, oder die Maßnahmen, die für diese Personen vorgesehen sind;

6. ein Abfindungsangebot nach § 207, sofern nicht der Umwandlungsbeschluß zu seiner Wirksamkeit der Zustimmung aller Anteilsinhaber bedarf oder an dem formwechselnden Rechtsträger nur ein Anteilsinhaber beteiligt ist;

7. die Folgen des Formwechsels für die Arbeitnehmer und ihre Vertretungen sowie die insoweit vorgesehenen Maßnahmen".

§ 194 UmwG führt die amtliche Überschrift „Inhalt des Umwandlungsbeschlusses". Sein „zwingender Mindestinhalt"[41], also die *essentialia negotii*, haben einen beachtlichen Umfang. Dies zeigt, wie aufwendig der Beschlussantrag sein kann.

Auch wenn der Beschlussantrag die Haupt- und Nebenpunkte enthält, ist er doch keine Willenserklärung.[42] Hier unterscheiden sich Vertrag und Beschluss, da der Beschlussantrag beim Beschluss nur den Vorschlag einer Problemlösung und keinen Antrag im Sinne von § 145 BGB darstellt. Der den Vorschlag Unterbreitende – etwa der Versammlungsleiter – will mit den Organwaltern keinen Vertrag schließen[43]. Die den Beschlussantrag vorschlagende Person ist an den Antrag allenfalls psychologisch, nicht aber rechtlich gebunden.[44]

Fehlen die *essentialia negotii* beim Beschlussantrag bzw. sind sie nicht vollständig oder ist nicht klar, wie der Beschluss auszuführen ist, spricht man bei Beschlüssen von der fehlenden Bestimmtheit.[45] Verfügt eine AG beispielsweise über

[41] *Drinhausen/Keinath*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 194 UmwG Rn. 1.

[42] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 114; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 26.

[43] Genauso wenig wie ein Vertragsschluss mit dem Kollektiv gewollt ist, *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 114.

[44] Der Antragsteller muss nicht selbst für seinen Antrag stimmen, *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 114. Beim Antrag nach § 145 BGB kann der Antragende im Übrigen ausnahmsweise die Gebundenheit an seinen Antrag ausschließen.

[45] Ähnlich *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 108; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 84. Deshalb gibt es beim Beschluss im eigentlichen Sinne auch keinen Dissens (*Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 327). Ist der Beschlussantrag nicht eindeutig, dann ist der Beschluss nicht wirksam gefasst. Dazu noch in § 16 I. Siehe schließlich für das Personenhandelsgesellschaftsrecht exemplarisch

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

drei Vorstandsmitglieder und beschließt der Aufsichtsrat „Das Mitglied des Vorstands wird abberufen", dann fehlt diesem Beschluss die Bestimmtheit. Zu den *essentialia negotii* hätte hier gehört, das abzuberufende Mitglied zu benennen oder zumindest bestimmbar zu machen. Bei einem Beschluss der Gesellschafterversammlung, das Stammkapital der GmbH zu erhöhen, lässt sich ebenfalls ein anschauliches Beispiel für einen unbestimmten Beschlussantrag bilden. So fehlen einem Beschlussantrag „Das Stammkapital wird erhöht" die *essentialia negotii*, da der Beschlussantrag weder die Art der Kapitalerhöhung (vgl. § 57h Abs. 2 Satz 1 GmbHG), noch den Betrag nennt, um wieviel das Stammkapital erhöht wird. In der Sache liegt das nahe an dem parallelen Problem beim Vertragsschluss. Auch hier sind die Kategorien Bestimmtheit bzw. Unbestimmtheit gebräuchlich.[46]

Betrachtet man zudem besondere Vertragstypen wie den Vergleich (§ 779 BGB), der auf Grundlage eines gerichtlichen Vorschlags zustande kommen kann (§ 278 Abs. 6 ZPO), nähern sich Vertragsschluss und Beschlussprozedur noch weiter an: Im Fall des § 278 Abs. 6 ZPO enthält der gerichtliche Vergleichsvorschlag die *essentialia et accidentalia negotii*, den die Parteien mit jeweils einer JA-Willenserklärung zum Rechtsgeschäft werden lassen können. Liest man vor diesem Hintergrund nun noch einmal § 278 Abs. 6 Satz 2 ZPO, erkennt man die Nähe des Beschlusses zum gerichtlichen Vergleichsvorschlag. So formuliert der Gesetzgeber: „Das Gericht stellt das Zustandekommen und den Inhalt eines nach Satz 1 geschlossenen Vergleichs durch Beschluss fest".[47] Die für diesen Vergleichsvertrag erforderlichen *essentialia negotii* kommen ebenfalls nicht von den Parteien, sondern einer Person, die den Parteien gegenübersteht und sodann deren Willenserklärungen entgegennimmt.

Auch bei den Formvorschriften hat der Gesetzgeber mit der notariellen Beurkundung nach §§ 8 ff. BeurkG eine Prozedur vorgesehen, bei der die vom Notar vorgelesene Urkunde die Haupt- und Nebenpunkte enthält. Parallelen und Unterschiede der notariellen Beurkundung und des gerichtlichen Vergleichsvorschlags zur Beschlussprozedur werden noch näher zu betrachten sein,[48] wenn nachfolgend zu erklären ist, welche Rechtsnatur und Bedeutung die Verkündung des Beschlusses durch den Versammlungsleiter hat. Für den Moment genügt die Erkenntnis, dass

Psaoudakis, in: Heidel/Schall, HGB, 3. Aufl. 2019, § 119 Rn. 10, wonach weniger mit dem Bestimmtheitsgrundsatz, dafür mehr mit den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen gearbeitet wird.

[46] *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 37 Rn. 4.

[47] § 278 Abs. 6 Satz 1 ZPO wurde durch das Gesetz zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer prozessrechtlicher Vorschriften vom 12.12.2019 (BGBl. I, S. 2633) dahingehend angepasst, dass auch ein „zu Protokoll der mündlichen Verhandlung erklärter Vergleichsvorschlag" des Gerichts von den Parteien angenommen werden kann. Satz 2 blieb unverändert.

[48] Siehe noch in § 4 VI. 3. und 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nicht die in der Beschlussprozedur abgegebenen Willenserklärungen die *essentialia et accidentalia negotii* enthalten, sondern der Beschlussantrag.

3. Positive und negative Beschlussanträge

Beschlussanträge können im Übrigen positiv oder negativ formuliert werden.[49] Sollen die Beschlüsse nach Durchlaufen der Beschlussprozedur ausgeführt werden, ist der Beschlussantrag positiv zu formulieren. Wird dieser hingegen negativ formuliert (Beispiel: „Die Geschäftsführerin wird nicht abberufen") und stimmt die Mehrheit der Organwalter gegen den negativ formulierten Beschlussgegenstand, entsteht dadurch keine positive Regelung[50] (nicht: „Die Geschäftsführerin wird doch abberufen").

4. Die Ankündigung der bevorstehenden Beschlussanträge

Vergleicht man nach alldem den Beschlussantrag mit den *essentialia et accidentalia negotii* der ersten Willenserklärung beim Vertrag und misst man dem Beschlussantrag damit ein besonderes Gewicht bei, wird deutlich, warum der Gesetzgeber in verschiedenen Gesetzen besondere Anforderungen an die Ankündigung der Beschlussgegenstände aufgenommen hat (vgl. § 23 Abs. 2 WEG, § 51 Abs. 4 GmbHG, §§ 121 Abs. 3 Satz 2, 124 AktG). Wenn der Beschlussantrag die Haupt- und Nebenpunkte des Rechtsgeschäfts vorgibt und gewährleistet werden soll, dass die Organwalter in der Versammlung eindeutig mit JA oder NEIN abstimmen können, muss ihnen im Grundsatz die Chance gegeben werden, sich rechtzeitig auf den Beschlussgegenstand vorzubereiten.[51] Mit diesem Verständnis wird auch deutlich, warum der Gesetzgeber beispielsweise in § 32 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 23 Abs. 2 WEG und § 51 Abs. 4 GmbHG die Anforderungen so hoch gesetzt und formuliert hat, dass „zur Gültigkeit des Beschlusses" erforderlich ist, dass der Gegenstand bei der Einberufung bezeichnet ist. Denn bei Lichte betrachtet hebt der Gesetzgeber mit dieser Regelung die Bedeutung der an die Ankündigung anschließenden Beschlussanträge hervor, die mindestens die *essentialia negotii* enthalten und zu denen nur noch die Abstimmung mit JA oder NEIN möglich ist.

---

[49] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 109; *Casper*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 47 Rn. 8; *Wiester*, GmbHR 2008, 189.

[50] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 110; *Winnefeld*, DB 1972, 1053. Für das Wohnungseigentumsrecht etwa *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 23.

[51] So etwa für den Verein *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 17 Rn. 41, für die Wohnungseigentümerversammlung *Skauradszun*, ZWE 2016, 61, 66; *Schultzky*, in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 23 Rn. 100; für die Hauptversammlung *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 121 Rn. 9.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Mit diesem Verständnis können sich zahlreiche Details besser einordnen lassen.[52] Es bestehen beispielsweise keine Bedenken, dass die Beschlussgegenstände schlank angekündigt werden, etwa nur durch Schlagworte vorbereitet werden. Andererseits ist es denkbar, dass die *essentialia et accidentalia negotii* im bevorstehenden Beschlussantrag intensiv vorbereitet werden, die Beschlussgegenstände z. B. längere Zeit vor der Beschlussfassung angekündigt werden müssen oder strengere Bezeichnungspflichten vereinbart werden.[53] Zurückhaltung scheint allerdings geboten, wenn vereinbart werden soll, Beschlussgegenstände überhaupt nicht mehr anzukündigen und den Organwaltern damit die Vorbereitung zumindest auf die *essentialia negotii* unmöglich zu machen. Gemeint ist hier nicht die Vollversammlung, in der auf Form- und Fristvorschriften verzichtet werden kann. Soll aber durch die Ankündigung der Beschlussgegenstände die Grundlage für die Abstimmung mit JA oder NEIN gelegt und damit den Organwaltern auch ein gewisser Schutz ermöglicht werden, wäre die grundsätzliche Abschaffung der Ankündigung der Beschlussgegenstände durch eine Regelung in der Satzung oder Gemeinschaftsordnung bedenklich.[54] Als Grundregel kann gelten, je seltener Organwalter in einem Kollektivorgan zusammenkommen und je weniger sie daher mit den jeweiligen Beschlussgegenständen rechnen und inhaltlich zu diesen entscheiden können, desto mehr ist die Ankündigung der Beschlussgegenstände geschützt. Das trifft etwa auf die ordentliche Hauptversammlung der Aktiengesellschaft und die ordentliche Wohnungseigentümerversammlung zu. Je häufiger die Organwalter in einem Kollektivorgan zusammenkommen und je mehr sie daher mit den jeweiligen Beschlussgegenständen rechnen und inhaltlich zu diesen entscheiden können, desto mehr kann das Erfordernis, Beschlussgegenstände anzukündigen, vereinfacht werden. Dies scheint insbesondere beim mehrköpfigen Vorstand bei der AG und der mehrköpfigen Geschäftsführung bei der GmbH denkbar zu sein.

IV. Die Stimmabgaben

Die Abgabe der Stimmen gehört ebenfalls zum Tatbestand des Beschlusses[55] und ist ebenfalls dem „Abschluss" zuzuordnen. Nach wohl überwiegender Meinung erfüllt die bloße Stimmabgabe den Tatbestand noch nicht vollständig.[56] Der BGH

[52] Zu diesen Detailfragen bei § 23 Abs. 2 WEG *Skauradszun*, ZWE 2016, 61, 66 ff.

[53] *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 4. Ein anschauliches Beispiel gibt *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 57h mit dem in Rn. 3 ausformulierten Beschlussantrag für eine Kapitalerhöhung.

[54] *Skauradszun*, ZWE 2016, 61, 66; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 4; wie hier zuvor schon *Bub*, in: Staudinger, BGB, 2005, § 23 Rn. 40 f.; keine Bedenken jedoch *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 84 (voll abdingbar).

[55] Unstr.; exemplarisch *Elzer*, ZWE 2007, 165, 167; *Casper*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 47 Rn. 5.

[56] Denn nach dieser Ansicht bedarf es noch der Verkündung des Beschlusses. Siehe ausführlich sogleich in § 4 VI. 1. und zum Nachweis der wohl überwiegenden Meinung Fn. 103.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

spricht im Wohnungseigentumsrecht davon, dass der Tatbestand noch nicht komplettiert ist.[57] Die bloßen Stimmabgaben sollen den Beschluss als Regelung in Geltung setzen und sind daher für den „Abschluss" erforderlich. Sie gehören jedoch nicht zum „Zustandekommen" des Rechtsgeschäfts, wofür die Feststellung des Abstimmungsergebnisses und die Verkündung des Beschlusses erforderlich sind.

Bis heute ist nicht abschließend geklärt, *gegenüber wem* die einzelnen Stimmen abzugeben sind bzw. wer diese empfängt.[58] Dabei stehen sich zwei grundsätzlich verschiedene Vorstellungen gegenüber:

Nach der ersten Vorstellung werden die Stimmen der Organwalter untereinander abgegeben. Sobald jedem Organwalter die Stimmen der anderen Organwalter zugegangen sind, soll der Beschluss entstanden sein.[59] Nach der zweiten Vorstellung geben die Organwalter ihre Stimmen allesamt in die gleiche Richtung ab, wobei als Empfänger mal die Gemeinschaft bzw. der Verband, mal das Kollektivorgan und mal der Versammlungsleiter gesehen wird, der für das Organ und damit für die Gemeinschaft bzw. den Verband die Willenserklärungen empfängt.[60] Die Willenserklärungen laufen bildlich gesprochen alle *gleichgerichtet.*[61]

A. A. etwa *Freitag*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, § 119 Rn. 64 (Zustandekommen mit Zugang der letzten Stimme); *Lieder*, in: Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 119 Rn. 40 (Zustandekommen mit Abgabe [sic] der letzten Stimme).

[57] BGH, Beschl. v. 23.08.2001 – V ZB 10/01 (2. Leitsatz), BGHZ 148, 335, NJW 2001, 3339. Denn das nimmt der BGH erst mit der Verkündung des Beschlusses an (er nennt diese „Feststellung").

[58] Die sogleich dargestellten Sichtweisen haben nicht nur auf die Beschlussprozedur selbst Auswirkungen, sie führen auch bei vielen Komplikationen, die in der Beschlussprozedur auftreten können, zu unterschiedlichen Rechtsfolgen. Während der Versammlungsleiter beispielsweise für die Prüfung von Stimmvollmachten zuständig ist (dazu ausführlich in § 4 VII. und § 11), ist bei einer Stimmabgabe gegenüber den jeweils anderen Organwaltern auch ein jeder Sonderfall zwischen den Organwaltern zu entscheiden. Das gilt beispielsweise auch für die Zurückweisung nach § 174 BGB analog (siehe zur Begründung der Analogie in § 11 II. 2. a)).

[59] OLG Zweibrücken, Urt. v. 29.06.1998 – 7 U 259/97, BeckRS 1998, 31343525; OLG München, Beschl. v. 29.01.2008 – 31 Wx 78, 81/07, NZG 2008, 351, 353; *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 297; *Enzinger*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 14; *Psaroudakis*, in: Heidel/Schall, HGB, 3. Aufl. 2019, § 119 Rn. 3; *Lieder*, in: Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 119 Rn. 12 und 40 (für die OHG; Zustandekommen des Beschlusses mit Abgabe [sic] der letzten Stimme). *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 1 Rn. 71 und *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 68 nehmen beides – Zugang beim Versammlungsleiter oder den übrigen Gesellschaftern – als mögliche Alternativen an. Ebenfalls eine konstitutive Feststellung ablehnend *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 17 Rn. 48; *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 274, 280 (neben der Möglichkeit, dass die Stimmabgaben dem Versammlungsleiter zugehen). Gegen eine Stimmabgabe untereinander etwa *Winnefeld*, DB 1972, 1053, 1054; *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 47.

[60] Für den Versammlungsleiter als Erklärungsempfänger ausdrücklich BGH, Beschl. v. 19.09.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63, 67; *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 314 (auf S. 326 dann für die Körperschaft als Empfänger der Stimmen); *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 274. Dafür, dass Adressat der Stimmabgabe „grundsätzlich die Kooperation" sei, *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 47 (was bei ihm aber wohl die Rolle des Versammlungsleiters nicht

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die erste Auffassung erscheint bei Organen mit nur wenigen Organwaltern praktisch noch vorstellbar. Besteht ein Kollektivorgan etwa aus drei Organwaltern, gibt jedes Mitglied seine Stimme gegenüber zwei weiteren Mitgliedern ab und erhält im Gegenzug von jedem Mitglied eine Stimme. Insgesamt werden damit nicht drei, sondern sechs Willenserklärungen abgegeben. Schon die bloße Erhöhung der Organwalter auf 300 – etwa im Rahmen einer Wohnungseigentümerversammlung oder einer Gläubigerversammlung im Insolvenzverfahren – führt diese Auffassung an praktische Grenzen.[62] Nun müsste jedes Mitglied seine Stimme an 299 andere Mitglieder abgeben und von jedem dieser 299 anderen Mitglieder eine Stimme entgegennehmen. Insgesamt werden damit 300 x 299 x 2 = 179.400 Willenserklärungen abgegeben. Es bedarf keiner vertieften Ausführung, dass dieses Ergebnis weder praktikabel noch für spätere Gerichtsverfahren verlässlich nachprüfbar wäre. Noch greifbarer wird die Sache, wenn man sich eine Gesellschafterversammlung mit 300 Anteilseignern vorstellt, die über einen Beschlussgegenstand im schriftlichen Verfahren abstimmen würde. Würde man die Stimmabgabe gegenüber den Mitgesellschaftern für den richtigen Weg zum Beschluss halten, wären bei 300 Gesellschaftern knapp 180.000 Briefe zu verschicken.

Versteht man die Beschlussprozedur hingegen so, dass die einzelnen Stimmen gleichgerichtet abgegeben werden, bedarf es eines Empfängers, der die abgegebenen Stimmen entgegennimmt.[63] Schon bei einem 20-köpfigen Aufsichtsrat[64] macht es Sinn, die Stimmen gegenüber *einem* Empfänger abzugeben, umso mehr gilt dies für eine Mitglieder-, Wohnungseigentümer-, Gesellschafter-, Haupt- oder Gläubigerversammlung mit hunderten von abstimmenden Organwaltern. Mit dieser Sichtweise von der gleichgerichteten Stimmabgabe und einheitlichen Empfangnahme gelingt es, die kollektive Willensbildung zu kanalisieren.[65] Es scheint damit sowohl die

---

ausschließt); *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 86 (der den Verein als Empfänger der Stimmabgaben sieht, diesen jedoch entweder durch den Versammlungsleiter, die anderen Mitglieder oder den Vorstand vertreten lassen will). In einer früheren Auflage sahen *Larenz/Wolf*, BGB AT, 8. Aufl. 1997, § 23 Rn. 21 das Organ als Empfänger. Zur doppelten Zurechnung siehe noch in § 5 I. und ferner ausführlich *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 45.

[61] *v. Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 515; *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 47; *Bork,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 13 Rn. 437; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 34.

[62] Zu Recht führt der BGH daher aus (BGH, Beschl. v. 23.08.2001 – V ZB 10/01, BGHZ 148, 335, NJW 2001, 3339), dass die Stimmabgabe gegenüber den jeweils anderen Organwaltern praktisch nur in den „kleinsten" Versammlungen vorstellbar ist.

[63] Wie selbstverständlich etwa bei *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 34.

[64] Siehe zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats § 96 AktG, § 7 Abs. 1 Nr. 3 MitbestG (je zehn Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner und der Arbeitnehmer); siehe ferner § 95 Satz 3 AktG, wonach die Zahl der Aufsichtsratsmitglieder nicht mehr stets durch drei teilbar sein muss.

[65] *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F 14 spricht beim „tausendköpfigen Aktionariat" vom „orchestrieren".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

praktische Realität besser abgebildet als auch die rechtliche Handhabbarkeit besser gewährleistet zu sein, wenn man die Abstimmung im Grundsatz so versteht, dass die Stimmen gegenüber einem einheitlichen Empfänger und damit parallel abgegeben werden. Empfänger dieser Stimmabgaben ist typischerweise der Versammlungsleiter.[66] Dessen Verortung in der Gemeinschaft bzw. im Verband wird später in § 4 VII. dargestellt.

Allerdings ist im Einzelfall dogmatisch nicht ausgeschlossen, dass in kleinen Versammlungen, in denen auf einen Versammlungsleiter verzichtet wird, die Stimmen gegenüber den jeweils anderen Organwaltern abgegeben werden. Dies ist etwa für den dreiköpfigen Vorstand, die Wohnungseigentümerversammlung mit nur drei Eigentümern oder den fünfköpfigen Gläubigerausschuss praktisch denkbar und dogmatisch möglich. Ganz ohne Abgabe der Willenserklärungen gegenüber den jeweils anderen Organwaltern kommt man in Kollektivorganen also nicht aus, wenn die Schlüsselposition des Versammlungsleiters unbesetzt sein sollte. Zu klären ist dann lediglich, auf welche Weise die Beschlüsse verkündet werden.[67]

V. Die Feststellung des Abstimmungsergebnisses

Zur Aufgabe des Versammlungsleiters gehört es weiter, die abgegebenen Stimmen auszuwerten,[68] also festzustellen wie viele (gültige) JA- und NEIN-Stimmen bzw. wie viele Stimmenthaltungen zu einem Beschlussantrag vorliegen und ob das jeweils anzuwendende Mehrheitserfordernis erreicht wird (Feststellung des Abstimmungsergebnisses). Häufig wird für die Feststellung des Abstimmungsergebnisses und Verkündung des Beschlusses einheitlich der Begriff „Beschlussfeststellung" verwendet.[69] Die Feststellung des Abstimmungsergebnisses kann jedoch von der Verkündung des Beschlusses unterschieden werden[70] und ist der Verkündung zeitlich vorgelagert. Folglich ist die Feststellung des Abstimmungsergebnisses als Prüfungsschritt nicht mit dem Endakt der Verkündung zu vermengen.[71] Beide

[66] *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 320 (allgemein für Körperschaften); *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 47 Rn. 2; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 34. Anders offenbar *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 47 Rn. 7, die im GmbH-Recht die Gesellschaft als Erklärungsempfänger sehen, vertreten primär durch den Versammlungsleiter.

[67] Dazu in § 4 VI. 8.

[68] *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 276 (obgleich er die Verkündung dann ablehnt); *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 29; *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 114.

[69] Exemplarisch aus der Rechtsprechung des BGH, Beschl. v. 04.05.2009 – II ZR 169/07, DStR 2009, 2545; Urt. v. 06.07.2018 – V ZR 221/17, NJW-RR 2019, 73.

[70] Etwa *T. Spielbauer*, in: Spielbauer/Then, WEG, 3. Aufl. 2017, § 23 Rn. 22; *Schultzky*, in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 23 Rn. 61 und 65.

[71] Wie hier für eine Trennung *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 29; *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 73 (allerdings dürfte es keinen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Merkmale gehören jedoch zum „Zustandekommen" des Rechtsgeschäfts.[72] Sie erfüllen die Funktion von Tatbestandsmerkmalen, da sie vonnöten sind, um überhaupt von einem Rechtsgeschäft sprechen zu können.

1. Feststellungen zu den Anforderungen an den Beschluss

So einfach dieser Schritt für die Beschlussprozedur auch klingt, so schnell kann die Feststellung kompliziertere Fragen aufwerfen, etwa wenn der Versammlungsleiter entscheiden muss,

- ob überhaupt ein Mehrheitsbeschluss möglich ist (etwa § 119 Abs. 2 HGB) oder vielmehr
- Einstimmigkeit benötigt wird (etwa § 119 Abs. 1 HGB).

Genügt ein Mehrheitsbeschluss, kann das konkret benötigte Mehrheitserfordernis zu entscheiden sein. Teils sehen Gesetz oder Satzung zwar

- ein allgemeines Mehrheitsprinzip vor (etwa § 25 Abs. 1 WEG in der Fassung des WEMoG,[73] § 47 Abs. 1 GmbHG),
- sehen aber nicht (so § 25 WEG nach geltendem Recht),
- grundsätzlich (etwa § 32 Abs. 1 Satz 3 BGB, § 133 Abs. 1 AktG) oder
- nur für bestimmte Beschlussgegenstände vor,

dass nicht die Mehrheit der abgegebenen Stimmen („einfache Mehrheit"), sondern die Mehrheit aller möglichen Stimmen erreicht sein muss („absolute Mehrheit", etwa § 119 Abs. 2 HGB[74]).

Ferner hat der Versammlungsleiter zu erkennen, wann ein besonderes Mehrheitserfordernis benötigt wird („qualifizierte Mehrheit", etwa § 179 Abs. 2 AktG).

2. Feststellungen bei Komplikationen (auslegungsbedürftige und treuwidrige Stimmabgaben sowie Stimmverbote)

Komplizierte Fragen entstehen ferner, wenn ein Organwalter eine Stimme abgibt, die zunächst ausgelegt werden muss. Wird beispielsweise der Beschlussantrag ge-

---

Mehrwert haben, die „Auszählung der Stimmen" und die „Feststellung des Ergebnisses" zu trennen; die Auszählung gehört zur „Feststellung des Abstimmungsergebnisses").

[72] So auch das Verständnis des BGH von der Beschlussprozedur im Wohnungseigentumsrecht (BGH, Beschl. v. 23.08.2001 – V ZB 10/01, BGHZ 148, 335, NJW 2001, 3339); eindeutig so *Elzer*, ZWE 2007, 165, 168.

[73] RegE WEMoG, S. 83 („genügt […] stets die einfache Mehrheit").

[74] „Mehrheit der stimmberechtigten Mitglieder", *Lieder*, in: Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 119 Rn. 65; „Mehrheit aller Gfter", *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 119 Rn. 41.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stellt, das Mitglied X der Geschäftsführung einer GmbH abzuberufen und schreibt Gesellschafter G auf den Stimmzettel „Weg mit ihm!“, dann liegt zwar keine gewöhnliche JA-Stimme vor, die Willenserklärung ist aber eindeutig als JA-Stimme auszulegen.

Nicht weniger kompliziert ist eine Abstimmung durch Handzeichen, bei der ein Organwalter sowohl mit JA als auch NEIN abstimmt, sei es irrtümlich oder um Fehler zu provozieren.[75] Für die Feststellung des Abstimmungsergebnisses ist dann zum einen zu sehen, dass die Stimmabgaben empfangsbedürftige Willenserklärungen darstellen[76] und zum anderen, dass der Empfänger der Stimmen der Versammlungsleiter ist (oben in § 4 IV.). Ab dem Zugang der Willenserklärung beim Versammlungsleiter kann die Stimmabgabe nicht mehr widerrufen werden, da das Stimmrecht nach dem Zugang der ersten Willenserklärung für diesen Beschlussantrag verbraucht ist (ausführlich in § 6 II.). Die zweite Stimmabgabe – gleich, ob irrtümlich oder um Fehler zu provozieren – darf bei der Feststellung des Abstimmungsergebnisses also nicht mehr gezählt werden. Gehen dem Versammlungsleiter hingegen Stimmzettel zu und stimmt ein Organwalter bei einem Beschlussgegenstand sowohl mit JA als auch NEIN, hat der Versammlungsleiter eine ungültige Stimme festzustellen. Die Stimmabgabe ist in sich widersprüchlich und kann auch durch Auslegung weder den JA- noch den NEIN-Stimmen zugeordnet werden.

Rechtsgebietsübergreifend hat sich ferner zu Recht die Auffassung verfestigt, dass der Versammlungsleiter auch über das Vorliegen von Stimmrechten entscheiden darf und ob ausnahmsweise eine Stimmabgabe aufgrund Stimmverbots nicht gezählt werden kann.[77] In einzelnen Entscheidungen versucht der BGH dem Versammlungsleiter dadurch bei der Frage, ob ein Organwalter einem Stimmverbot unterliegt, weil dieser sich mit seiner Stimmabgabe rechtsmissbräuchlich verhält, zu helfen, dass er auf den Ausnahmecharakter dieses Stimmverbots verweist und die engen Voraussetzungen betont.[78] Ein solches Stimmverbot wegen Rechtsmissbrauchs müsse offenkundig und ohne jeden Zweifel bestehen.[79] Manch andere Art eines Stimmverbots ist aber vom Versammlungsleiter zu entscheiden.[80] Gleiches gilt für die Kompetenz des Versammlungsleiters, darüber entscheiden zu dürfen, ob durch Vertreter oder Boten abgegebene Stimmen gezählt werden können.[81] Dies überzeugt und lässt sich zwanglos auf die Funktion des Versammlungsleiters stützen (dazu in § 4 VII.), zum anderen damit rechtfertigen, dass die Organwalter durch Verfah-

[75] Siehe exemplarisch *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 87, der bei aufwendigeren Feststellungen eine Unterbrechung der Versammlung empfiehlt.

[76] *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 274.

[77] Exemplarisch *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 117.

[78] BGH, Urt. v. 14.07.2017 – V ZR 290/16, NZG 2017, 1181, m. zust. Anm. *Hogenschurz*, jurisPR-MietR 17/2017, Anm. 3.

[79] BGH, Urt. v. 14.07.2017 – V ZR 290/16, NZG 2017, 1181, Tz. 17.

[80] *Hogenschurz*, jurisPR-MietR 17/2017, Anm. 3 etwa für den Fall des § 25 Abs. 5 Alt. 1 WEG; *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F 78 für das GmbH-Recht.

[81] Exemplarisch aus dem Gesellschaftsrecht *Hoffmann/Köster*, GmbHR 2003, 1327, 1328.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rensbeschluss beispielsweise über das Bestehen oder Nichtbestehen des Stimmrechts und das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Stimmverbots entscheiden könnten.

Stimmen können ferner treuwidrig abgegeben werden. Dieses Problem verklammert drei in dieser Untersuchung angesprochene Themenbereiche: Erstens die Frage, wie der Versammlungsleiter bei der Feststellung des Abstimmungsergebnisses mit erkanntermaßen treuwidrigen Stimmabgaben umgehen kann oder gar muss, zweitens ob der Versammlungsleiter in der Beschlussprozedur einer Legalitätspflicht unterliegt, inwieweit er sich also gegen rechtswidrige Beschlüsse sperren kann oder gar muss (dazu in § 4 VII. 2. b)). Drittens können mit den treuwidrig abgegebenen Stimmen auch schadensersatzrechtliche Fragen verbunden sein (dazu in § 16). Ähnlich wie bei den angesprochenen Stimmverboten muss die Treuwidrigkeit der abgegebenen Stimme erst einmal vom Versammlungsleiter erkannt werden. Dies mag in klaren Fällen gelingen, ein Selbstläufer ist dies jedoch nicht. Es wird sich zudem noch zeigen, dass Versammlungsleiter keiner umfassenden Legalitätspflicht unterliegen und daher nicht als verlängerter Arm des Gerichts verstanden werden können. Fälle des BGH wie in „Sanieren oder Ausscheiden“[82] haben zwar gezeigt, dass treuwidrige Stimmen – etwa eine NEIN-Stimme – in eine Zustimmungspflicht – und damit eine JA-Stimme – „umgebogen“ werden können, dies vom Versammlungsleiter zu verlangen (zumal in der Hitze des Gefechts), würde dessen Funktion aber überstrapazieren. Ähnlich den Ausführungen zum Stimmverbot ist nur vorstellbar, dass der Versammlungsleiter eine solche treuwidrige Stimme nicht zählt, die offenkundig und ohne jeden Zweifel treuwidrig ist.[83]

Die Feststellung des Abstimmungsergebnisses nach alldem als *juristischen* Gedankenschritt zu beschreiben,[84] ist mit Blick auf die oben genannten Beispiele nicht von der Hand zu weisen.[85] Rückenwind hat diese Betrachtung durch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (2. ARRL) vom 12.12.2019 (ARUG II) erhalten, mit welchem u. a. § 129 Abs. 5 AktG neu gefasst wurde.[86] Danach kann „der Abstimmende […] von der Gesellschaft innerhalb eines Monats

[82] BGH, Urt. v. 19.10.2009 – II ZR 240/08, NZG 2009, 1347, Tz. 23.

[83] Im Einzelnen wäre nach dem jeweiligen Kollektivorgan zu differenzieren und zu fragen, wie mit treuwidrig abgegebenen Stimmen umgegangen wird. Im GmbH-Recht etwa nimmt die herrschende Meinung an, dass treuwidrig abgegebene Stimmen wegen Rechtsmissbrauchs nichtig seien (BGH, Urt. v. 19.11.1990 – II ZR 88/89, NJW 1991, 846; *Drescher*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 47 Rn. 260; a. A. *Schwab*, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Stretigkeiten, 2005, S. 336).

[84] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 10; *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 276; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG, Rn. 29. *Selter*, ZIP 2018, 1161, 1166 spricht davon, dass der Versammlungsleiter das „rechtliche“ Ergebnis mitteilen müsse, was sodann zu den erforderlichen Angaben des Hauptversammlungsprotokolls gehöre.

[85] Ähnlich *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F 78, wonach das Abstimmungsergebnis nicht nur mathematisch resümierend festzustellen sei.

[86] Vgl. Art. 3c Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2017/828. Einen ersten Überblick bieten etwa *Kuntz*, ZHR 183 (2019), 190 und *B. Bork*, NZG 2019, 738.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nach dem Tag der Hauptversammlung eine Bestätigung darüber verlangen, ob und wie seine Stimme gezählt wurde". Es handelt sich hierbei zwar um eine aktienrechtliche Regelung, sie zeigt aber doch über das Aktienrecht hinaus, welche Bedeutung der europäische und deutsche Gesetzgeber der Feststellung des Abstimmungsergebnisses zumisst, gewährt er schließlich dem Organwalter einen Anspruch auf Nachweis der Stimmzählung. Da dieser Anspruch nicht nur das „Ob", sondern auch das „Wie" der Stimmzählung umfasst, wird damit der Nachweis über den soeben angesprochenen „juristischen Gedankenschritt" angesprochen: Wurde eine Stimme womöglich aufgrund eines Stimmverbots nicht gezählt? Wie wurde eine auslegungsbedürftige Stimmabgabe verstanden und wurde eine Stimmabgabe vielleicht deshalb nicht gezählt, da der gleiche Organwalter zuvor schon eine Stimme abgegeben hatte?

3. Methoden zur Feststellung

Bei Versammlungen mit etlichen Organwaltern, was schon bei einem Aufsichtsrat mit 20 Mitgliedern der Fall sein kann, zumindest aber etwa bei der Wohnungseigentümer- oder Gläubigerversammlung mit mehreren Hundert Eigentümern bzw. Gläubigern, werden in der Praxis im Übrigen Auszählmethoden verwendet, die den Feststellungsvorgang beschleunigen. Scheint nach der Aussprache eine Tendenz der Organwalter für die nun folgende Abstimmung erkennbar zu sein, wählen Versammlungsleiter häufig die Subtraktionsmethode,[87] was bedenklich ist. Geht der Versammlungsleiter etwa davon aus, dass die Organwalter überwiegend mit JA gestimmt haben, zählt er nur die NEIN-Stimmen und Stimmenthaltungen. Die JA-Stimmen werden dadurch ermittelt, dass NEIN-Stimmen und ggf. Stimmenthaltungen von der Zahl der vertretenen Stimmen abgezogen werden.[88] Dies setzt voraus, dass die Ermittlung der präsenten Stimmen gelingt, die oben genannten Registrierungen beim Ein- und Austreten in den Versammlungsraum also fehlerfrei erfasst werden.[89]

Bedenklich ist jedenfalls, dass den schweigenden Organwaltern unterstellt wird, sie würden für den Beschlussgegenstand mit „JA" stimmen. Dies ist schon für den Organwalter, der die Erklärung des Versammlungsleiters über die Subtraktionsmethode gehört hat, kaum begründbar, für diejenigen Organwalter, die die Erklärung des Versammlungsleiters nicht wahrgenommen haben – etwa die Aktionäre, die in einem Nebenraum der Hauptversammlung über ein Geschäft verhandeln und daher dem Fortgang der Hauptversammlung gegenwärtig keine Aufmerksamkeit schenken – jedoch nicht mehr überzeugend.[90] Denn diese Organwalter haben weder Handlungswillen noch Erklärungsbewusstsein und geben daher keine Willenser-

[87] *Deckert*, ZMR 2008, 585, 589; *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 115.

[88] Für die Hauptversammlung der AG *Brox*, DB 1965, 731, 732.

[89] *Brox*, DB 1965, 731, 733.

[90] So schon *Brox*, DB 1965, 731, 733.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

klärung, also keine Stimme ab.[91] Die in der Praxis häufig eingesetzte Subtraktionsmethode begegnet also durchgreifenden Bedenken.[92] Ihr Einsatz erscheint allenfalls dann möglich, wenn das Prozedere vorab vertraglich vereinbart wurde, also etwa in einem Gesellschaftsvertrag oder einer Gemeinschaftsordnung.

4. Resümee

Damit ist festzuhalten, dass die Feststellung des Abstimmungsergebnisses zum „Zustandekommen" des Rechtsgeschäfts und damit zum Tatbestand des Beschlusses gehört.[93] Mit diesem Schritt wird erstmals geprüft und bewertet, welche Stimmen wirksam abgegeben wurden und gezählt werden dürfen und ob damit die erforderliche Mehrheit oder Einstimmigkeit erreicht wurde. Die *Protokollierung* des festgestellten Abstimmungsergebnisses hingegen ist kein Tatbestandsmerkmal des wirksamen Beschlusses,[94] kann aber vertraglich – etwa in der Satzung – als Tatbestandsmerkmal vereinbart werden.

VI. Die Verkündung des Beschlusses

1. Überblick über den Meinungsstand und die Rechtsnatur der Verkündung

Zum Vereins-, Aktien-, GmbH- und Wohnungseigentumsrecht finden sich umfangreiche und kontrovers diskutierte Untersuchungen zu der Frage, ob es im Rahmen der Beschlussprozedur einer Beschlussverkündung bedarf und welche Rechtsnatur diese im Bejahensfalle hat. Wenn in den vier genannten Rechtsgebieten über die Verkündung des Beschlusses gesprochen wird, stehen die Aussagen interessanterweise häufig im Zusammenhang mit dem Prozessrecht und der fristgebun-

[91] *Brox*, DB 1965, 731, 733.

[92] Für das Vereinsrecht von *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 94 hingegen ohne Weiteres akzeptiert.

[93] *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 277 durch die Formulierung „Denn er [der Beschluss] kommt erst als Ergebnis der Folgerung zustande, die aus dem Resultat des Abstimmungsverfahrens abzuleiten ist".

[94] Exemplarisch aus dem Gesellschaftsrecht *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 386. Zu einer Ausnahme bei der Einpersonen-Gesellschafterversammlung siehe § 48 Abs. 3 GmbHG (Niederschrift nach der Beschlussfassung). Zur Kritik an dieser Regelung etwa *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 48 Rn. 46 („in dieser Allgemeinheit ziemlich unsinnig"). Im Übrigen sollte die Feststellung des Abstimmungsergebnisses und Verkündung des Beschlusses nicht mit einem etwaigen Protokollierungserfordernis verquickt werden (so aber *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 123 mit der fragwürdigen Behauptung, dass eine Feststellung des Abstimmungsergebnisses nur dort Wirksamkeitsvoraussetzung (sic) sei, wo gesetzlich eine Protokollierung vorgeschrieben ist). Andernfalls werden Tatbestandsmerkmale und Formerfordernisse vermischt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

denen Anfechtungsklage. Es könnte daher der Eindruck entstehen, die Verkündung des Beschlusses sei nicht stets Bestandteil der Beschlussprozedur, sondern nur bei Beschlüssen erforderlich, deren prozessuale Überprüfung mit der fristgebundenen Anfechtungsklage vorgenommen wird.[95]

Besonders deutlich lässt sich anhand des Aktienrechts zeigen, dass die Verkündung des Beschlusses vor allem ein prozessual getriebenes Thema war. Beginnend mit der Aktienrechtsnovelle von 1884 und der erstmaligen Kodifizierung des Beschlussmängelrechts, reifte alsbald die Erkenntnis, dass Gegenstand einer kassatorischen Klage nur sein könne, was überhaupt fixiert ist.[96] Deshalb liegt den §§ 241 ff. AktG die Annahme zugrunde, dass der Beschlussinhalt in der Hauptversammlung durch die Verkündung des Beschlusses fixiert wurde. Nur der so fixierte Beschlussinhalt könne einer Inhaltskontrolle unterzogen werden. Die ganz herrschende Meinung im Aktienrecht sieht die Verkündung des Beschlusses daher als erforderlich an.[97] Man kann sagen, dass sich das aktienrechtliche Schrifttum seit weit mehr als einhundert Jahren an dieses Erfordernis gewöhnt hat. Die Entwicklung ist allerdings bemerkenswert, da sie ihren Anfang im Prozessrecht nahm und nicht – wie man es hätte erwarten dürfen – in der Rechtsgeschäftslehre.

Im Wohnungseigentumsrecht hat sich der Gesetzgeber sehr am aktienrechtlichen Beschlussmängelrecht orientiert. Von daher ist es nicht überraschend, dass die heute ganz herrschende Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum auch im Wohnungseigentumsrecht die Verkündung des Beschlusses verlangt.[98] Auch hier wird

---

[95] Bemerkenswert daher der Gesetzentwurf des MoPeG, der auf der einen Seite für alle Personengesellschaften (Begründung Gesetzentwurf S. 91) die befristete Anfechtungsklage gegen Gesellschafterbeschlüsse vorsieht (§ 714a BGB-E), dann aber in der Begründung ausführt, ein Gesellschafterbeschluss müsse nicht förmlich festgestellt werden, da dies wegen der Vielzahl denkbarer Fallkonstellationen nicht angemessen in einer abstrakt-generellen Regelung abgebildet werden könne (S. 90).

[96] Grundlegend zu dieser Entwicklung *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 26 ff., 150 ff. Anders für die Beschlüsse des Aufsichtsrats *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 115 („Verkündung nicht notwendig", aber sie „empfiehlt sich […] zu Beweiszwecken").

[97] *M. Schwab*, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, S. 328 und 414; *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 151; *Wicke*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 130 Rn. 52; *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 116 (für Aufsichtsratsbeschlüsse außerhalb der Versammlung); *Drinhausen*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 130 Rn. 34; *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 111; *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 130 Rn. 62; nur für HV-Beschlüsse *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 127.

[98] BGH, Beschl. v. 23.08.2001 – V ZB 10/01 (2. Leitsatz), BGHZ 148, 335, NJW 2001, 3339 („Der Feststellung und Bekanntgabe des Beschlussergebnisses durch den Vorsitzenden der Wohnungseigentümerversammlung kommt grundsätzlich konstitutive Bedeutung zu"); diese Linie hat der BGH bis zuletzt beibehalten (Urt. v. 06.07.2018 – V ZR 221/17, BeckRS 2018, 26256); *Jennißen*, in: Jennißen/Schmidt, Der WEG-Verwalter, 2. Aufl. 2010, A Rn. 83; *Greiner*, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. 2014, § 7 Rn. 826; *T. Spielbauer*, in: Spielbauer/Then, WEG, 3. Aufl. 2017, § 23 Rn. 22; *Schultzky*, in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 23

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

angenommen, dass aus Gründen der Rechtssicherheit der Beschlussinhalt durch die Verkündung fixiert wird und sodann den Gegenstand für die fristgebundene Anfechtungsklage bildet.

Im Vereins- und Personengesellschaftsrecht wird eine Verkündung meist nicht verlangt, das Problem jedoch nicht als streitig dargestellt.[99] Im GmbH-Recht wird über dieses Erfordernis jedoch bis heute erbittert gestritten. Hier finden sich zu dieser Frage die umfangreichsten Untersuchungen.[100] Viele Stimmen gehen davon aus, dass die Verkündung des Beschlusses für die Beschlussprozedur erforderlich sei.[101] Andere Stimmen lehnen die Verkündung als Teil der Beschlussprozedur ab und bewerten dieses Erfordernis als „überkonstruiert"[102].

Betrachtet man Rechtsprechung und Schrifttum in einer Gesamtschau, wird man trotz des Meinungsstreits im GmbH-Recht sagen können, dass die Verkündung des Beschlusses nach wohl überwiegender Meinung als „konstitutives Element" verstanden wird.[103] Allerdings ist die Rechtsnatur der Verkündung nach wie vor wenig geklärt. Vielerorts und insbesondere vom BGH wird nicht eindeutig und konstant danach unterschieden, ob es sich bei der Verkündung um ein Tatbestandsmerkmal oder um ein Wirksamkeitserfordernis handelt.[104] Woran liegt es nun, dass bis heute

---

Rn. 65; *Wicke,* in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 25 WEG Rn. 1; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, vor §§ 23 ff. Rn. 23 mit Hinweis auf § 24 Abs. 7 Satz 2 WEG „verkündete Beschlüsse"; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 29; *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 91; wohl ebenfalls zustimmend *Jacoby*, Das private Amt, S. 126; *Skauradszun,* in: *Soergel*, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 33. A. A. *Becker,* ZWE 2002, 93, 95.

[99] *Freitag*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, § 119 Rn. 64; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 119 Rn. 26; *Lieder*, in: Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 119 Rn. 40. Aktuelle Übersicht zum Vereinsrecht bei *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 122.

[100] *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F 76 („bislang ausschließlich im GmbH-Recht vertieft problematisiert"). *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 127 sprach sich früh für den deklaratorischen Charakter der Beschlussverkündung aus. Grundlegend *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, passim.

[101] *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 48 Rn. 53; *Altmeppen*, NJW 2016, 2833, 2836; *Altmeppen*, ZIP 2017, 1185, 1187; *Altmeppen*, GmbHR 2018, 225, 228; *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 398 (wenn die Beschlussverkündung in der Satzung vorgesehen ist, Rn. 395).

[102] Für das GmbH-Recht *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 155 („Dies scheint überkonstruiert").

[103] Allgemein: *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 311; *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 11; für das Wohnungseigentumsrecht siehe die Nachweise in Fn. 98, für das Aktienrecht die Nachweise in Fn. 97 und für das GmbH-Recht die Nachweise in Fn. 101.

[104] Musterbeispiel ist die oben genannte Grundsatzentscheidung BGH, Beschl. v. 23.08.2001 – V ZB 10/01, NJW 2001, 3339, in der der BGH die Verkündung des Beschlusses in einem Atemzuge als Tatbestandsmerkmal, in einem anderen als Wirksamkeitsvoraussetzung einschätzt, was er bis zuletzt so vermengt, vgl. BGH, Urt. v. 06.07.2018 – V ZR 221/17, BeckRS 2018, 26256, Tz. 16. Aus dem Schrifttum sei exemplarisch *Altmeppen* genannt, der die Ver-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nicht geklärt ist, ob die Verkündung Teil der Beschlussprozedur ist und, wenn ja, ob diese ein Tatbestandsmerkmal oder ein Wirksamkeitserfordernis darstellt?

Zunächst ist klarzustellen, dass der Gesetzgeber das Merkmal der Verkündung nur selten erwähnt und damit kaum gesetzgeberische Regelungen zur Verkündung vorhanden sind. Wenn der Gesetzgeber die Verkündung anspricht, geht er allerdings davon aus, dass die Verkündung für den Beschluss eine hohe Bedeutung hat. In § 24 Abs. 7 Satz 2 Nr. 1 WEG, der für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer die Pflicht enthält, eine Beschluss-Sammlung zu führen,[105] wird die Pflicht statuiert, dass die Beschluss-Sammlung den Wortlaut der in der Versammlung der Wohnungseigentümer „verkündeten Beschlüsse" enthalten muss. Der Fokus liegt also weder auf den Stimmabgaben, noch der Feststellung des Abstimmungsergebnisses, sondern eindeutig auf der Verkündung.[106] Es ist sogar der Umkehrschluss denkbar, wonach nicht-verkündete Beschlüsse deswegen nicht in die Beschluss-Sammlung aufzunehmen sind, weil ihnen keine Relevanz zukommt.[107]

Es bereitet auch deshalb Schwierigkeiten, eine exakte Erklärung dafür zu geben, was die Verkündung dogmatisch sein soll, da sie in der Rechtspraxis sehr unterschiedlich vorgenommen wird. Etwa bei einem 3-köpfigen Aufsichtsrat, der durch Heben der Hand abstimmt, bedarf das Auszählen der Stimmen, das Feststellen des Abstimmungsergebnisses und dessen Verkündung pro Beschlussfassung meist nur wenige Sekunden. Der gleiche rechtsgeschäftliche Vorgang in einer Hauptversammlung mit mehreren tausend Aktionären dauert selbst unter Zuhilfenahme von Zählmaschinen nicht selten eine Stunde oder mehr. All dies verlängert und verkompliziert sich, wenn der Versammlungsleiter bei der Feststellung des Abstimmungsergebnisses noch Sonderfälle wie ungültige Stimmen und Stimmvollmachten berücksichtigen muss. Die Feststellung des Abstimmungsergebnisses als juristischen Gedankenschritt[108] zu beschreiben, ist daher richtig.[109]

---

kündung mal ausdrücklich auf Tatbestandsebene verortet (NJW 2016, 2833, 2836), mal den Aussagen zufolge die Verkündung sowohl auf Tatbestandsebene sieht als auch als Wirksamkeitserfordernis (ZIP 2017, 1185, 1187) und mal nur durch den Zusammenhang vermutet werden kann, dass die Tatbestandsebene gemeint ist (GmbHR 2018, 225, 228).

[105] Das WEMoG (RegE vom 23.03.2020) soll als neue Regelung in § 25 Abs. 5 WEG-E vorsehen, dass „Niederschriften über Beschlüsse und Urteile in Verfahren nach § 44 Absatz 1 […] in Textform aufzubewahren [sind]". Die Begründungen des RefE und RegE enthalten keine Anzeichen dafür, dass das BMJV bzw. die Bundesregierung die Beschlussprozedur im Wohnungseigentumsrecht künftig anders verstehen würde.

[106] Schon *Deckert*, ZMR 2008, 585, 589 weist auf diese Passage in § 24 WEG hin, stellt aber zu Unrecht dadurch in Frage, ob konkludente Beschlüsse möglich sind.

[107] *Häublein,* in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 32.

[108] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 10; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG, Rn. 29. *Selter*, ZIP 2018, 1161, 1166 spricht davon, dass der Versammlungsleiter das „rechtliche" Ergebnis mitteilen müsse, was sodann zu den erforderlichen Angaben des Hauptversammlungsprotokolls gehöre.

[109] Siehe oben in § 4 V.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schließlich bereitet eine genauere Beschreibung der Verkündung Schwierigkeiten, da der Vertragsschluss ein solches Tatbestandsmerkmal nicht ausdrücklich kennt. Aus den §§ 145 ff. BGB ergibt sich, dass mit Zugang der zweiten, übereinstimmenden Willenserklärung das Rechtsgeschäft geschlossen ist und es gerade nicht davon abhängt, ob eine bestimmte Person das Vorliegen von zumindest zwei übereinstimmenden Willenserklärungen feststellt und dies sodann den Vertragsparteien mitteilt. Es wird vielmehr den Vertragsparteien überlassen, jeweils individuell zu beurteilen, ob der Vertrag wirksam zustande gekommen ist.[110]

Die anhaltende Unsicherheit über die Frage, ob es einer Verkündung bedarf oder nicht, dürfte kaum zu beseitigen, und der deutlich weniger sichtbare Streit um die Zuordnung der Verkündung als Tatbestandsmerkmal oder Wirksamkeitserfordernis dürfte kaum voranzubringen sein, wenn sich diese Schrift jeweils lediglich einer der Meinungen anschließen würde. Da die Verkündung der neuralgische Punkt der Beschlussprozedur ist, verdient sie eine vertiefte Untersuchung. Was lässt sich hierzu zunächst von den europäischen Nachbarn lernen (dazu sogleich in § 4 VI. 2.), gelingt eine Erklärung der Verkündung als Willens- oder Wissenserklärung (§ 4 VI. 3.) und welche Parallelen und Unterschiede bestehen zwischen der Verkündung und der notariellen Beurkundung bzw. dem gerichtlichen Vergleich (§ 4 VI. 4. und 5.)? Nach diesen Vorarbeiten wird sich zeigen, dass nur die Deutung der Verkündung als Tatbestandsmerkmal zu überzeugenden Ergebnissen führt (§ 4 VI. 6.) und dass diese Deutung unabhängig von der Frage ist, ob die Überprüfung des Beschlusses mit einer fristgebundenen Anfechtungsklage vorgenommen wird oder mit einer allgemeinen Feststellungsklage. Damit ist aber noch nicht geklärt, wie die Beschlussprozedur abgeschlossen werden kann, wenn ein Versammlungsleiter fehlt oder nur faktisch als ein solcher auftritt (§ 4 VI. 8.). Schließlich bedarf das Phänomen einer Untersuchung, wonach nicht-verkündete Beschlüsse in der Praxis trotzdem teils gelebt werden (§ 4 VI. 9.).

2. Ein Blick zu den europäischen Nachbarn: Die Verkündung von Beschlüssen nach § 128 des österreichischen Aktiengesetzes

Bei der Suche nach Beispielen für eine Normierung des umstrittenen Merkmals der Verkündung in der Beschlussprozedur hat Häublein auf das österreichische Aktienrecht aufmerksam gemacht.[111] Nach § 128 Abs. 1 öAktG verkündet der Vorsitzende nach jeder Abstimmung (1.) die Zahl der Aktien, für die gültige Stimmen abgegeben wurden, (2.) den Anteil des durch diese Stimmen vertretenen Grundkapitals, (3.) die Gesamtzahl der abgegebenen gültigen Stimmen, (4.) die Zahl der für einen Beschlussantrag oder für jeden Wahlkandidaten abgegebenen Stimmen sowie der Gegenstimmen und stellt den Inhalt des gefassten Beschlusses fest.

[110] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 10.

[111] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 30.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Daraus lässt sich zum einen entnehmen, dass die Beschlussprozedur nach Abgabe der Stimmen noch nicht abgeschlossen ist, vielmehr noch zwei Schritte ausstehen – die Feststellung des Abstimmungsergebnisses und die Verkündung desselben. Zum anderen geht der österreichische Gesetzgeber offenbar davon aus, dass erst die Verkündung des Beschlusses den Inhalt des Beschlusses fixiert. Darüber hinaus zeigt die Regelung inzident, welche besondere Aufgabe dem Versammlungsleiter zukommt. § 128 Abs. 1 öAktG misst der Feststellung und Verkündung also eine hohe Bedeutung zu. Der Blick in das österreichische Aktienrecht gibt der in Deutschland vorherrschenden Meinung also Rückenwind, hilft aber noch nicht bei der Klärung der Frage, ob es sich bei der Verkündung um ein Tatbestandsmerkmal oder ein Wirksamkeitserfordernis handelt.

3. Die Verkündung als Willens- oder Wissenserklärung – oder weder noch?

Zur weiteren Klärung können im nächsten Schritt zwei Sichtweisen ausgeschlossen werden: Die Verkündung des Beschlusses stellt weder eine Willenserklärung noch eine bloße Wissenserklärung dar.

Gegen das Verständnis der Verkündung als Willenserklärung spricht schon, dass unter einer Willenserklärung eine private Willensäußerung verstanden wird, die auf die Erzielung einer Rechtsfolge gerichtet ist.[112] Der Versammlungsleiter will *für sich selbst* jedoch keine Rechtsfolge erzielen, sondern nur den Willenserklärungen der Organwalter *zum Durchbruch verhelfen.* Er nimmt in der Versammlung eine Funktion wahr, die im Grundsatz nur ihm zukommt.[113] Nicht seine Erklärung, sondern die der Organwalter verschwinden hinter dem Beschluss. Nicht der Versammlungsleiter, sondern die Organwalter werden durch diesen gebunden. Auch die Gemeinschaft bzw. der Verband gibt keine Willenserklärung ab. Es kann sich daher nicht um eine Willenserklärung handeln.[114] Das würde den Beschluss auch zu sehr in die Nähe des Vertrags rücken, da den Willenserklärungen der Organwalter, die gleichgerichtet gegenüber dem Versammlungsleiter abgegeben werden, die korrespondierende Willenserklärung des Versammlungsleiters gegenüber den Organwaltern folgen würde. Das entspricht jedoch gerade nicht der bislang herausgearbeiteten Beschlussprozedur.[115]

Doch auch die Deutung der Verkündung als Wissenserklärung, also einer bloßen Erklärung über die Kenntnis vom Abstimmungsergebnis, überzeugt nicht vollstän-

[112] *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 14; umfassend zur Willenserklärung *Neuner,* Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2020, § 30 Rn. 1 ff.

[113] Vgl. *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 56.

[114] Ebenso *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 313.

[115] Es soll jedoch nicht unerwähnt bleiben, dass sehr vereinzelt im Schrifttum die Vorstellung anzutreffen ist, dass die Verkündungsentscheidung *als Willenserklärung* in der Versammlung zugehen müsse. So ausdrücklich *Deckert*, ZMR 2008, 585, 588.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dig. Zumindest in mittleren und größeren Versammlungen ist zwar das Bild, welches man hier vor Augen haben könnte, zutreffend, wonach zuerst der Versammlungsleiter das Wissen um das Abstimmungsergebnis erlangt und dieses Wissen dann den Organwaltern mitteilt.[116] Die Deutung der Verkündung als Wissenserklärung würde aber dem nicht gerecht werden, dass die Beschlussverkündung einen Endakt darstellt, mit dem der Tatbestand erfüllt und damit das Rechtsgeschäft durch den Versammlungsleiter konstituiert wird. Gerade die Eigenschaft der Verkündung als Endakt der Beschlussprozedur macht deutlich, dass die Mitteilung der Verkündung *nach* der Versammlung – etwa als Rundmail an alle Organwalter – keine Verkündung im Sinne der Beschlussprozedur darstellt, denn dann würde die Verkündung auf eine bloße Mitteilung des Wissens um das festgestellte Abstimmungsergebnis reduziert werden. Da die Beschlussprozedur Legitimationsgrundlage des Beschlusses ist, ist die Beschlussprozedur auch in der Versammlung abzuschließen,[117] die Verkündung dort also der Endakt.

Zählt der Versammlungsleiter nach der Stimmabgabe beispielsweise die Stimmen aus, entscheidet über Sonderfälle wie Stimmverbote und besondere Mehrheitserfordernisse und schreibt er sich vor der Verkündung das Abstimmungsergebnis auf ein Konzeptblatt, verlässt dann den Raum und würden die Organwalter nun auf dieses Konzeptblatt schauen, würden diese das Wissen erlangen, welches sich kurz vor ihnen der Versammlungsleiter gebildet hat. Dies würde jedoch ebenfalls keine Verkündung darstellen, sodass der Tatbestand des Beschlusses noch nicht erfüllt wäre.

Beide Sichtweisen – Willens- und Wissenserklärung – beschreiben auch deshalb die Beschlussverkündung nicht zutreffend, da die Verkündung den Organwaltern nicht zwingend zugehen muss. Genau das unterscheidet sie von empfangsbedürftigen Erklärungen. Mit dem Beschlussantrag und den Stimmabgaben liegt alles vor, was für den „Abschluss" des Rechtsgeschäfts erforderlich ist. Bringt der Versammlungsleiter nach der Feststellung des Abstimmungsergebnisses den Beschluss mit der Verkündung zustande, ist irrelevant, ob die Organwalter, die zuvor noch abgestimmt haben, im Moment der Beschlussverkündung anwesend sind. Erst recht muss die Verkündung abwesenden Organwaltern nicht zugehen. Deshalb entfaltet der Beschluss seine Bindungswirkung für alle Organwalter auch direkt mit der Verkündung des Beschlusses in der Versammlung.[118] Damit bleibt festzuhalten, dass die Verkündung weder eine Willens- noch Wissenserklärung darstellt.

---

[116] *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 394 spricht daher ausdrücklich bei der Beschlussverkündung von einer „Mitteilung".

[117] BGH, Beschl. v. 23.08.2001 – V ZB 10/01, NJW 2001, 3339, 3342 („müssen Feststellung und Verkündung des Beschlussergebnisses in der Eigentümerversammlung erfolgen"). Siehe dort auch zu Gegenstimmen.

[118] Ausführlich zur Bindungswirkung in § 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dem BGB sind aber auch noch „andere Vorgänge“ bekannt, die anstelle einer Willens- oder Wissenserklärung zu dem „Akt des Rechtsgeschäfts“ gehören.[119] Das kann beim Rechtsgeschäft nach § 929 Satz 1 BGB die Übergabe sein, die zur Einigung hinzukommt und ebenfalls auf Tatbestandsebene verortet ist.[120] Bei der Übertragung nach § 873 BGB gehört zu dem Akt des Rechtsgeschäfts neben der Einigung die Eintragung im Grundbuch. Auch diese gehört zur Tatbestandsebene.[121] Im Übrigen sind Doppeltatbestände denkbar, die auf der einen Seite aus den Willenserklärungen und auf der anderen Seite aus einem behördlichem Akt bestehen.[122] Wenn solch „andere Vorgänge“ beschrieben werden, die zu dem Akt des Rechtsgeschäfts gehören, liegt der Fokus zwar häufig auf den Verträgen;[123] diese anderen Vorgänge werden dann entsprechend der üblichen Kategorien zwischen Tatbestandsmerkmalen und Wirksamkeitserfordernissen differenziert.[124] Es ist aber nichts ersichtlich, was dagegen spräche, dass auch Beschlüsse andere Vorgänge erfordern, die gleichfalls zu dem Akt des Rechtsgeschäfts gehören.

Damit ist die Brücke zum Beschluss geschlagen: Es wird sich nachfolgend zeigen, dass die Verkündung des Beschlusses zu dem Akt des Rechtsgeschäfts gehört, ohne jedoch Willens-, Wissenserklärung oder Realakt[125] wie die Übergabe bei § 929 BGB zu sein. Denjenigen Stimmen, die eine Verkündung grundsätzlich nicht für erforderlich halten, kann nachfolgend veranschaulicht werden, dass der Rechtsgeschäftslehre finalisierende Merkmale, sogenannte Endakte, durchaus bekannt sind, und diese Endakte Parallelen zur Beschlussprozedur aufweisen. Daher wird am Ende des Kapitels deutlich geworden sein, dass die Beschlussprozedur eine Verkündung des Beschlusses erfordert. Zwar kann die Verkündung nicht mit anderen tatbestandlichen Vorgängen wie der Übergabe nach § 929 Satz 1 BGB gleichgesetzt werden, insbesondere stellt die Verkündung keinen Realakt dar.[126] Aus zwei anderen Rechtsfiguren können jedoch Anhaltspunkte dafür gewonnen werden, dass die Verkündung zum Tatbestand des Beschlusses und nicht zu den Wirksamkeitserfordernissen gehört. Solche Parallelen, freilich auch Unterschiede, lassen sich na-

[119] So die Kategorisierung bei *Flume*, BGB AT, Band 2 – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 2 Nr. 3 c.

[120] *Klinck*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2019, § 929 Rn. 68; *Kindl*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 929 Vor Rn. 1 ff.; *Schulte-Nölke*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 929 Rn. 1.

[121] *Kohler*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 873 Rn. 2; *Berger*, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 873 Rn. 13.

[122] Beispiele bei *Flume*, BGB AT, Band 2 – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 2 Nr. 3 c.

[123] Die von *Flume*, BGB AT, Band 2 – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 2 Nr. 3 c genannten Beispiele betreffen verschiedene schuld- und sachenrechtliche Verträge, ferner die Eheschließung.

[124] *Flume*, BGB AT, Band 2 – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 2 Nr. 3 c.

[125] Zu diesem Begriff und mit Beispielen hierzu *Neuner,* Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2020, § 28 Rn. 4; *Kindl*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 929 Vor Rn. 1 ff.

[126] Denn Realakte machen aus, dass mit ihnen kein Mitteilungs- und Kundgabezweck verfolgt wird (*Neuner,* Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2020, § 28 Rn. 13).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mentlich zur notariellen Beurkundung nach den §§ 8 ff. BeurkG und zum gerichtlichen Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO ausmachen.

4. Parallelen und Unterschiede zwischen Verkündung und notarieller Beurkundung

Die notarielle Beurkundung beginnt ausweislich § 17 BeurkG mit einer Sachverhaltsklärung und Belehrung über die Tragweite des beabsichtigten Rechtsgeschäfts. Sodann liest der Notar den Vertragsparteien den Inhalt der Niederschrift vor. Die Vertragsparteien geben ihre Willenserklärungen gegenüber dem beurkundenden Notar ab,[127] genehmigen die Niederschrift und unterschreiben die Urkunde (§ 13 BeurkG). Mit der Unterschrift des Notars wird die Beurkundung abgeschlossen und das Formerfordernis erfüllt. Sechs Schritte zeigen Parallelen und Unterschiede zwischen der notariellen Beurkundung und der Beschlussfassung:

Erstens findet auch bei der Beschlussfassung zunächst eine Aussprache statt, die der Sachverhaltsklärung sowie „Vorformung"[128] des künftigen Rechtsgeschäfts dient und in der beratende[129] Elemente enthalten sein können.[130] Je nach Kollektivorgan ist die belehrende und beratende Leitung des Versammlungsleiters mehr oder weniger stark ausgeprägt – der Aufsichtsratsvorsitzende als Versammlungsleiter der Hauptversammlung bzw. der Verwalter als Versammlungsleiter der Wohnungseigentümerversammlung belehren und beraten tendenziell mehr,[131] Richter oder Rechtspfleger als Versammlungsleiter der Gläubigerversammlung belehren mehr, als dass sie beraten. In beiden Fällen kann sich die Aussprache bis auf null verkürzen, wenn an der Beschlussfassung bzw. Beurkundung Personen teilnehmen, die sachkundig und umfassend vorbereitet sind.

Zweitens besteht eine Ähnlichkeit zwischen Beschlussantrag und Urkundentext: Während bei einem gewöhnlichen Vertragsschluss die erste Willenserklärung die *essentialia et accidentalia negotii* enthält, die zweite Willenserklärung dann ein einfaches „JA", liest der Notar bei der Beurkundung eines Vertrages zunächst die gesamte Urkunde vor und fragt dann die Erschienenen nach ihrer Erklärung. Diese wird in § 13 BeurkG als Genehmigung bezeichnet.[132] Wollen die Erschienenen das

[127] *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 13 Rn. 17.

[128] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 100.

[129] *Boemke/Ulrici*, BGB AT, 2. Aufl. 2014, C. V. Rn. 35; *Hertel*, in: Staudinger, BGB, 2017, § 13 BeurkG Rn. 385. *Bohrer*, DNotZ 2008, 39, 45 zeigt, dass es durch den Notar teils nicht nur Beratung, sondern auch Beeinflussung der Parteien geben kann.

[130] *Bohrer*, DNotZ 2008, 39, 46.

[131] *von der Linden*, NZG 2013, 208, 210 beschreibt die Sorge des Versammlungsleiters um eine rechtmäßige, sachgerechte und zügige Durchführung der Hauptversammlung.

[132] *Keim*, Das notarielle Beurkundungsverfahren, Methodik und Praxis, 1990, Rn. 12 ff. und insb. Rn. 19; *Wendtland*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02. 2020, § 128 Rn. 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechtsgeschäft eingehen, antworten sie mit einem „JA“[133] und unterschreiben vor dem Notar.[134] Beschlussantrag beim Beschluss und Urkundentext bei der Vertragsbeurkundung entsprechen sich damit. In beiden Fällen sind die *essentialia et accidentalia negotii* im Beschlussantrag bzw. im Urkundentext enthalten.[135] Bei der Beschlussprozedur wird lediglich ein anderer Begriff gewählt und stattdessen von der Bestimmtheit des Beschluss(antrags) gesprochen. In beiden Fällen lauten sodann die Willenserklärungen „JA“ oder „NEIN“.[136] Der konkrete Inhalt des Beschlusses ist aber dem Beschlussantrag zu entnehmen.[137] In beiden Fällen kann diese positive Erklärung formfrei, ggf. sogar konkludent abgegeben werden.[138] Dass diese Feststellung alles andere als eine Selbstverständlichkeit ist, zeigt sich schon daran, dass eben kein Vertrag zustande kommen kann, wenn bei einem gewöhnlichen Vertragsschluss beide Vertragsparteien lediglich Willenserklärungen mit dem Inhalt „JA“ abgeben würden. Dann würden sich diese Willenserklärungen zwar decken, es würde jedoch keine Willenserklärung zumindest die *essentialia negotii* des Rechtsgeschäfts enthalten.[139]

Drittens ähnelt auch die Richtung, in der die Willenserklärungen bei der Beurkundung abgegeben werden, der Beschlussprozedur. In beiden Fällen werden die Willenserklärungen gleichgerichtet gegenüber dem Empfänger abgegeben, nämlich gegenüber dem Versammlungsleiter[140] bzw. gegenüber dem Notar[141]. Das ist auch deshalb bemerkenswert, da beim nicht-beurkundeten Vertragsschluss die Willenserklärungen gegenüber dem Vertragspartner abgegeben werden. Sie müssen dabei mit Bezug aufeinander abgegeben werden und laufen nicht ohne Bezug nebenein-

[133] *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 13 Rn. 41, denn die Genehmigung bedeutet die Erklärung des Einverständnisses; *Lerch*, in: BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 13 Rn. 32; *Litzenburger*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 13 BeurkG Rn. 8 erwähnt auch das Kopfnicken.

[134] *Hertel*, in: Staudinger, BGB, 2017, § 13 BeurkG Rn. 382 f.

[135] Ausdrücklich so für die Urkunde *Keim*, Das notarielle Beurkundungsverfahren, Methodik und Praxis, 1990, Rn. 19: „Sodann enthält die Urkunde die ‚essentialia negotii‘“. *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 393 hebt ebenfalls den „einheitlichen Vertragstext“ hervor.

[136] Wie oben dargestellt, wäre im Rahmen der Beschlussprozedur noch die Enthaltung denkbar.

[137] Siehe zur Kombination „Beschluss und Beurkundung“ etwa für die Hauptversammlung der AG *Drinhausen*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 130 Rn. 34.

[138] Für die Beurkundung *Lerch*, BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 13 Rn. 32; *Hertel*, in: Staudinger, BGB, 2017, § 13 BeurkG Rn. 382; *Litzenburger*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 13 BeurkG Rn. 8; *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 13 Rn. 41. Für den Beschluss siehe ausführlich in § 7.

[139] Wohl deshalb bezeichnet *Hertel*, in: Staudinger, BGB, 2017, § 13 BeurkG Rn. 382 den Urkundentext als „verlesene Willenserklärung“, die von den Beteiligten genehmigt werden muss. Diese „verlesene Willenserklärung“ enthält bei der Beurkundung mindestens die *essentialia negotii.*

[140] BGH, Beschl. v. 19.09.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63, 67; *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 148.

[141] *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 13 Rn. 17.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ander.[142] Beschluss und notarielle Beurkundung stehen sich damit näher als nicht-beurkundeter Vertrag und notarielle Beurkundung – das ist durchaus überraschend und hebt die Bedeutung der Funktion des Notars bzw. des Versammlungsleiters innerhalb der Rechtsgeschäftslehre hervor.

Viertens ist eine gewisse Ähnlichkeit auch zwischen Versammlungsleiter und Notar auszumachen. In der Gesetzesbegründung zum Beurkundungsgesetz wurde die Vorstellung dokumentiert, dass der Notar bei der Beurkundung von Willenserklärungen weit mehr als die Aufgabe hat, die Erklärungen der Parteien wiederzugeben. „Er hat vielmehr auch darauf hinzuwirken, daß eine Erklärung abgegeben wird, die den beabsichtigten Rechtserfolg herbeiführt"[143]. Diese Aufgabe wird man in vielen Versammlungen auch dem Versammlungsleiter zuschreiben können. Ein irgendwie abgegebenes Stimmenwirrwarr ist nicht das, was von einem Versammlungsleiter erwartet wird und nicht das, was den Rechtserfolg herbeiführen würde. Vielmehr soll der Versammlungsleiter die Beschlussprozedur so leiten, dass am Ende Erklärungen abgegeben werden, die den beabsichtigten Rechtserfolg herbeiführen können. Dieser Rechtserfolg ist in beiden Fällen das Rechtsgeschäft – bei der Beurkundung häufig[144] ein Vertrag, bei der Beschlussprozedur der Beschluss. Versammlungsleiter und Notar haben ferner die Rolle des Unparteiischen inne. Der Notar trägt dafür Sorge, dass das Rechtsgeschäft ein „unparteiisches Gestaltungsverfahren" durchlaufen kann, dessen Produkt am Ende in einer Niederschrift fixiert wird.[145] Besonders deutlich wird diese Parallele etwa beim Richter oder Rechtspfleger einer Gläubigerversammlung oder beim Versammlungsleiter einer Hauptversammlung. Hier verknüpfen sich zwei der bereits herausgearbeiteten Ähnlichkeiten: Erkennt man eine gewisse Ähnlichkeit zwischen Beschlussantrag und Urkundentext, wird man auf der einen Seite sagen müssen, dass der Notar für die regelgerechte Formulierung des Rechtsgeschäfts verantwortlich ist[146] und auf der anderen Seite der Versammlungsleiter für die regelgerechte Formulierung des Beschlussantrags. Das ist jedenfalls dann so, wenn es – wie regelmäßig beim Verwalter als Versammlungsleiter der Wohnungseigentümerversammlung – zur Aufgabe des Versammlungsleiters gehört, die Beschlussgegenstände bei der Einberufung anzukündigen und spätestens in der Versammlung die konkreten Beschlussanträge zu formulieren.[147]

---

[142] *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 32; *Einsele*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 128 Rn. 5.

[143] BT-Drucks. 5/3282 (RegE des BeurkG), S. 29; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 25.

[144] Zu einem Überblick über einseitige zu beurkundende Rechtsgeschäfte bzw. zur Beurkundung isolierter Willenserklärungen *Bohrer*, DNotZ 2008, 39, 45.

[145] So für die Beurkundung *Bohrer*, DNotZ 2008, 39, 45.

[146] *Bohrer*, DNotZ 2008, 39, 45.

[147] Ausführlich zur Bezeichnung der Beschlussgegenstände und zur Formulierung der Beschlussanträge in der Versammlung *Skauradszun*, ZWE 2016, 61, 66 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Fünftens schließt die Verkündung des Beschlusses die Beschlussprozedur ab und hat damit einen prozeduralen Charakter. Der Beurkundung von Willenserklärungen nach den §§ 8 ff. BeurkG wird ebenfalls ein „verfahrensrechtlicher Charakter“[148] zugesprochen. Die Verkündung hat bei der Beschlussfassung gestaltende Wirkung, da ein Rechtsgeschäft entsteht. Die Beurkundung nach den §§ 8 ff. BeurkG wird als Gestaltungsverfahren[149] bezeichnet.

Sechstens sind der Rechtsgeschäftslehre unverzichtbare Endakte[150] oder Abschlussvoraussetzungen[151] ausweislich der Beurkundung nicht völlig fremd. Bei der Beurkundung bilden das Vorlesen, Genehmigen und Unterschreiben den Endakt, beim Beschluss die Verkündung desselben. Allerdings ist ein bedeutender Unterschied festzustellen: Bei der Beurkundung wird der konstitutive Endakt[152] in der Weise verstanden, dass ohne diesen Endakt die Beurkundung *keine Wirksamkeit* erlangt.[153] Beim Beschluss muss aber zunächst der Tatbestand erfüllt werden und damit das Rechtsgeschäft entstehen. Dieser unterschiedliche Anknüpfungspunkt zeigt sich deutlich, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise die Beschlussprozedur mit einem Beurkundungserfordernis kombiniert, wie er das etwa bei den Satzungsänderungen der Kapitalgesellschaften vorgesehen hat. Beispielsweise ist für die wirksame Beschlussfassung zur Änderung der Satzung einer GmbH nach § 53 Abs. 1 GmbHG nicht nur ein Beschluss erforderlich, was denknotwendigerweise zunächst das Zustandekommen dieses Beschlusses erfordert, sondern nach § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG auch die notarielle Beurkundung des zustande gekommenen Beschlusses. Die Erfüllung des Tatbestands und die Erfüllung des Wirksamkeitserfordernisses treffen hier zwar aufeinander, werden aber nacheinander erfüllt.[154] Es ist unbestreitbar, dass zunächst der Tatbestand zu erfüllen ist, sodann das Wirksamkeitserfordernis. Noch deutlicher zeigt § 130 Abs. 2 Satz 1 AktG die Parallelen und Unterschiede zwischen Beschlussverkündung und Beurkundung. So hat der Notar in der Niederschrift nicht nur Art und Ergebnis der Abstimmung festzuhalten, sondern gerade auch die „Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung“. Gemeint ist also, dass die Verkündung des Beschlusses durch den Versammlungsleiter be-

[148] *Bohrer*, DNotZ 2008, 39, 46.

[149] *Bohrer*, DNotZ 2008, 39, 46. Anders nämlich die „sonstigen Beurkundungen“, die feststellendes Zeugnis geben.

[150] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 9; *Altmeppen*, NJW 2016, 2833, 2836 und *ders.*, ZIP 2017, 1185, 1187 (Verkündung jeweils als „Schlussakt“ bezeichnend). In allgemeiner Form („abschließende Funktion“) etwa auch *Hertel*, in: Staudinger, BGB, 2017, § 13 BeurkG Rn. 355.

[151] *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 394.

[152] Für die Beurkundung siehe schon BT-Drucks. 5/3282 (RegE des BeurkG), S. 22 und deutlich so auch *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 393. Für den Beschluss siehe die Nachweise oben.

[153] BT-Drucks. 5/3282 (RegE des BeurkG), S. 23; *Litzenburger*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 13 BeurkG Rn. 8; *Hertel*, in: Staudinger, BGB, 2017, § 13 BeurkG Rn. 355 und 382.

[154] Zur Beurkundung dieses Beschlusses als „zwingende Wirksamkeitsvoraussetzung“ etwa *Harbarth*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2018, § 53 Rn. 67.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

urkundet werden muss, also das Zustandekommen oder Nichtzustandekommen eines Beschlusses mit einem bestimmten Inhalt.[155]

Dies alles erlaubt es, die Verkündung bei der Beschlussprozedur mit der notariellen Beurkundung beim Vertragsschluss in vielerlei Hinsicht zu vergleichen und aus diesen Parallelen zu schließen, dass ein finalisierender Endakt nicht nur bei der notariellen Beurkundung, sondern auch bei der Beschlussprozedur benötigt wird. Der zentrale Unterschied zwischen beiden Rechtsfiguren liegt allerdings darin, dass die notarielle Beurkundung zu den Formerfordernissen und damit zu den Wirksamkeitserfordernissen gehört, während es sich hier für den Beschluss schon andeutet, dass die Verkündung bei den Tatbestandsmerkmalen zu verorten ist.

5. Parallelen und Unterschiede zwischen Verkündung und gerichtlichem Vergleich

Der gerichtliche Vergleich in §§ 278 Abs. 6, 329 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO ist als Parallele zur Beschlussverkündung in zweierlei Hinsicht von besonderem Interesse. Der dort geregelte Prozessvergleich stellt zum einen ein Rechtsgeschäft[156] dar, das – wie der Beschluss – in einer besonderen Prozedur entsteht, zum anderen endet diese Prozedur, wie die §§ 278 Abs. 6, 329 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO zeigen, mit der Feststellung der abgegebenen Willenserklärungen und der Verkündung des Ergebnisses.[157]

Nach dem Wortlaut von § 278 Abs. 6 Satz 1 Alternative 2 ZPO kann ein gerichtlicher Vergleich auch dadurch geschlossen werden, dass die Parteien einen schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts durch Schriftsatz gegenüber dem Gericht annehmen. Das Gericht stellt das Zustandekommen und den Inhalt eines nach Satz 1 geschlossenen Vergleichs durch Beschluss fest (Satz 2). Busche nennt diesen Vergleich treffend „Beschlussvergleich".[158] Ein Beschluss, der aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergeht, muss nach § 329 Abs. 1 Satz 1 ZPO verkündet

[155] *Liebscher*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 130 AktG Rn. 20; *Wicke*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 130 Rn. 52. Dort auch – wie hier – die Annahme, dass diese Beschlussverkündung Merkmal für die Beschlussfassung ist.

[156] Zum Prozessvergleich als materielles Rechtsgeschäft in Form des Vergleichs nach § 779 BGB siehe etwa *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 278 Rn. 86 (*Thole* verwendet in der 23. Aufl. 2018 den Begriff des Rechtsgeschäfts zwar nicht, erwähnt aber die zugrunde liegenden „erforderlichen vertraglichen Willenserklärungen" in Rn. 87); *Zeiss/Schreiber*, Zivilprozessrecht, 12. Aufl. 2014, Rn. 509 und 517; *Beck/Scheel*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 779 und 782; *Grunsky/Jacoby*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2018, Rn. 440; *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 14. Aufl. 2018, Rn. 520.

[157] Zwar enthalten auch § 106 VwGO, § 55 VwVfG Regelungen zum Prozessvergleich und Vergleichsvertrag, es handelt sich dort aber um öffentlich-rechtliche Figuren, weshalb sie – trotz ähnlichen Mechanismus – nicht näher betrachtet werden.

[158] *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 51.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

werden.[159] Konnte der Beschluss ohne mündliche Verhandlung gefasst werden und bildet er einen Vollstreckungstitel, wird er durch Zustellung an die Parteien verkündet (§ 329 Abs. 3 ZPO).[160]

Schon der Wortlaut von § 278 Abs. 6 ZPO deutet auf die Ähnlichkeit des gerichtlichen Vergleichs mit der rechtsgeschäftlichen Beschlussprozedur hin.[161] Diese Ähnlichkeit lässt sich im Einzelnen wie folgt herausarbeiten:

Erstens findet sowohl bei der Beschlussfassung als auch beim Prozessvergleich zunächst eine Aussprache statt. Das ist beim Prozessvergleich häufig zunächst in Form der (Güte-)Verhandlung der Fall (§ 278 Abs. 2 Satz 1 ZPO). Erst dann erhalten die Beteiligten den schriftlichen Vergleichsvorschlag des Gerichts. In beiden Fällen nimmt der Versammlungsleiter bzw. das Gericht eine moderierende Rolle ein (vgl. § 278 Abs. 1 ZPO).[162] In beiden Fällen kann sich die Phase der Aussprache auch auf null verkürzen.

Zweitens besteht auch zwischen Beschluss und Prozessvergleich eine Ähnlichkeit zwischen Beschlussantrag und Vergleichsvorschlag. Während bei einem gewöhnlichen Vergleichsvertrag nach § 779 BGB die erste Willenserklärung die *essentialia et accidentalia negotii* enthält, die zweite Willenserklärung dann ein einfaches „JA", beinhaltet der schriftliche Vergleichsvorschlag des Gerichts die *essentialia et accidentalia negotii*, worauf die Parteien mit einem einfachen „JA" antworten können. Der konkrete Inhalt, was nun geregelt wird, ergibt sich damit erneut nicht aus den Willenserklärungen der Parteien, genauso wenig wie bei der Beschlussprozedur der Inhalt des Beschlusses aus den Stimmabgaben ersichtlich wird. Vielmehr ergibt sich der Inhalt aus dem Beschlussantrag bzw. dem Vergleichsvorschlag. Ähnlich ist schließlich in beiden Fällen, dass eine Annahme nach Fristablauf bzw. unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen keine wirksame Annahme bzw. JA-Stimme ist, sondern allenfalls dazu führen kann, dass ein neuer Beschlussantrag bzw. neuer Vergleichsvorschlag unterbreitet bzw. zur Abstimmung gestellt wird.[163]

---

[159] *Bacher,* in: BeckOK ZPO, 35. Ed. 01.01.2020, § 278 Rn. 38. Nur vorsorglich sei klargestellt, dass der prozessrechtliche Beschluss nicht mit dem rechtsgeschäftlichen Beschluss verwechselt werden darf.

[160] Der Vergleich ist Vollstreckungstitel und daher zuzustellen, *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 278 Rn. 84 (*Thole* meint in der 23. Aufl. 2018 in Rn. 92, dass der Beschluss formlos mitzuteilen sei); *Baudewin*, in: Kern/Diehm, ZPO, 2017, § 278 Rn. 18 und *Thamm*, in: Kern/Diehm, ZPO, 2017, § 329 Rn. 23. Vertiefter zu den Alternativen *Greger*, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 278 Rn. 34.

[161] Schon *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 51 sprach diese Ähnlichkeit knapp an: „Das hat bezogen auf die Technik der Willensbekundung durchaus Ähnlichkeit mit einem Beschluss […]".

[162] Zu dem dazu notwendigen Einfühlungsvermögen und der intensiven Vorbereitung des Gerichts siehe *Beck/Scheel*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 775.

[163] So für die Modifikationen beim Vergleichsvorschlag *Greger*, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 278 Rn. 34a.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Drittens ähnelt auch beim gerichtlichen Vergleich die Richtung, in der die Willenserklärungen abgegeben werden, der Beschlussprozedur. In beiden Fällen werden die Willenserklärungen[164] – bei der Beschlussprozedur durch die Stimmabgaben und beim gerichtlichen Vergleich durch Schriftsatz[165] – gleichgerichtet gegenüber dem Empfänger abgegeben, nämlich gegenüber dem Versammlungsleiter bzw. gegenüber dem Gericht.[166] Das ist erneut bemerkenswert, da beim gewöhnlichen bürgerlichrechtlichen Vergleich die Willenserklärungen gegenüber dem Vertragspartner abgegeben werden. Pointierter formuliert würde die Annahme des Vergleichsvorschlags direkt gegenüber der anderen Partei den *Prozess*vergleich nicht entstehen lassen,[167] genauso wenig wie eine Stimmabgabe gegenüber einem anderen Organwalter anstelle des Versammlungsleiters eine gültige Stimmabgabe wäre. Damit stehen sich Beschluss und gerichtlicher Vergleich hinsichtlich der Funktion des Versammlungsleiters bzw. des Gerichts auffallend nahe. Das zeigt zugleich einmal mehr, dass beim Beschluss in der Rechtsgeschäftslehre zu Recht von einer Beschlussprozedur gesprochen werden darf.

Viertens ist eine gewisse Ähnlichkeit auch zwischen Versammlungsleiter und Gericht auszumachen. Während der Versammlungsleiter – ganz ähnlich der notariellen Beurkundung – auf einen ordnungsmäßigen Abschluss der Beschlussprozedur bedacht ist, ist auch das Gericht bestrebt, den Prozessvergleich so zu begleiten, dass der beabsichtigte Rechtserfolg herbeigeführt wird. Dieser Rechtserfolg ist in beiden Fällen das Entstehen eines Rechtsgeschäfts – bei der Beschlussprozedur der Beschluss und beim gerichtlichen Verfahren der (Prozess-)Vergleich. Versammlungsleiter und Gericht nehmen dabei die Rolle des Unparteiischen ein,[168] weshalb der gerichtliche Vergleich in der 2. Alternative des § 278 Abs. 6 Satz 1 ZPO sehr viel häufiger in der Praxis anzutreffen ist als die 1. Alternative, wonach die Parteien dem Gericht einen Vergleichsvorschlag unterbreiten.

---

[164] Das bloße Schweigen auf einen Vergleichsvorschlag der anderen Partei, welcher gegenüber dem Gericht abgegeben worden ist, reicht als Willenserklärung nicht aus, *Assmann,* in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 278 Rn. 84.

[165] Eindeutig von Willenserklärungen beim Prozessvergleich sprechen etwa *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 278 Rn. 77, *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 278 Rn. 87 und *Beck/Scheel*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 782, die zu Recht die §§ 104 ff., 145 ff., 164 ff. BGB zitieren. *Greger*, in: Zöller, 32. Aufl. 2018, § 278 Rn. 34 spricht verknappt von „Erklärung", was rechtsgeschäftlich wohl als Willenserklärung zu verstehen ist. Nicht umsonst wendet *Greger* nämlich mit § 147 Abs. 2 und § 150 Abs. 2 BGB typische Vorschriften aus der Rechtsgeschäftslehre an; ebenso *Bacher,* in: BeckOK ZPO, 35. Ed. 01.01.2020, § 278 Rn. 36.

[166] Das Gericht als Empfangsvertreter beider Parteien (§ 164 Abs. 3 BGB), *Assmann,* in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 278 Rn. 87.

[167] *Prütting*, in: MüKoZPO, 5. Aufl. 2016, § 278 Rn. 42; *Anders*, in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO, 78. Aufl. 2020, § 278 Rn. 64, wonach eine Erklärung gegenüber dem Gegner lediglich einen außergerichtlichen Vergleich gem. § 779 BGB darstelle.

[168] *Beck/Scheel*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 794a sprechen von der „gerichtlichen ‚Fürsorge'".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Fünftens ist nach überzeugender Sichtweise in beiden Fällen davon auszugehen, dass weder der Versammlungsleiter noch das Gericht eine materielle Beschluss- bzw. Vergleichskontrolle durchzuführen haben. Bei der Beschlussprozedur hat sich diese Erkenntnis mittlerweile durchgesetzt.[169] Beim Prozessvergleich ist all denjenigen Stimmen Recht zu geben, die vom Gericht nur verlangen, keine offensichtlich gesetzeswidrigen oder sittenwidrigen Vergleiche zu verkünden,[170] aber vom Gericht nicht verlangen, eine allgemeine Inhaltskontrolle anzustellen.[171] Diejenigen Stimmen, die von den Gerichten weitaus mehr verlangen, nämlich eine materielle Inhaltskontrolle,[172] können hierfür weder eine Norm nennen, noch wurde bislang eine Begründung gegeben, die diese These stützen könnte. Eine solche Ansicht würde sich auch schwerlich mit der Dispositionsmaxime vereinbaren lassen, wonach die Parteien über den Vergleichsinhalt disponieren können.[173] Stimmiger ist also in beiden Fällen die prozedurale Funktion des Versammlungsleiters und des Gerichts zu betonen und keine inhaltliche Kontrollinstanz herbeizureden, die es *de lege lata* nicht gibt.

Sechstens schließt die Verkündung beim rechtsgeschäftlichen Beschluss die Beschlussprozedur ab, wie auch die Verkündung des Beschlusses das gerichtliche Verfahren abschließt.[174] In beiden Fällen stellt die Verkündung damit das finalisierende Merkmal dar.

---

[169] Für das Wohnungseigentumsrecht *Deckert*, ZMR 2008, 585; *J.-H. Schmidt*, in: FS Merle, 2010, S. 329, 344; *Becker,* ZWE 2012, 297, 298; *H. Müller,* ZWE 2015, 303, 308; *J.-H. Schmidt,* ZWE 2016, 385, 399; *Skauradszun*, ZWE 2016, 61, 67; *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 39. Für das GmbH-Gesellschaftsrecht etwa *Altmeppen*, NJW 2016, 2833, 2836. Zu dem Vorschlag, mit Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre zu argumentieren, *Skauradszun*, ZMR 2018, 122 und ausführlicher hier ab § 4 VII. 2.

[170] *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 278 Rn. 18 spricht deshalb zu Recht davon, wann die Feststellung „zu versagen" ist; *Assmann,* in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 278 Rn. 90; *Saenger,* in: Saenger, ZPO, 8. Aufl. 2019, § 278 Rn. 23; *Greger,* in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 278 Rn. 34. A. A. und weitergehend *Anders,* in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO, 78. Aufl. 2020, § 278 Rn. 59 und 65, demnach habe das Gericht pflichtgemäß die „Brauchbarkeit, Bestimmtheit, Vollstreckbarkeit" zu überprüfen. Das Gericht müsse den Vergleichsvorschlag für sinnvoll erachten.

[171] *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 278 Rn. 82: „grundsätzlich nicht Aufgabe des Gerichts, den Inhalt der Einigung zu kontrollieren" (wörtlich in der 23. Aufl. 2018 von *Thole* so übernommen, dort nun Rn. 90). *Leipold, Thole* und *Bacher,* in: BeckOK ZPO, 35. Ed. 01.01.2020, § 278 Rn. 37; BT-Drucks. 15/3482, S. 17 nennen den Verstoß gegen die guten Sitten, ein gesetzliches Verbot oder die öffentliche Ordnung als Ablehnungsgrund.

[172] *Anders,* in: Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle, ZPO, 78. Aufl. 2020, § 278 Rn. 59 und 65; *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 14. Aufl. 2018, Rn. 530 („Inhalt mit Gesetz und Recht vereinbar").

[173] Deshalb können die Parteien auch Ansprüche mitregeln, die nicht einmal Streitgegenstand waren, so und ausdrücklich zur Dispositionsmaxime beim Prozessvergleich *Beck/Scheel*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 795.

[174] *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 278 Rn. 86; *Zeiss/Schreiber*, Zivilprozessrecht, 12. Aufl. 2014, Rn. 509; *Beck/Scheel*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 789 und 791 („Abschlussfunktion"); *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 278 Rn. 94;

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Siebtens ist eine Parallele darin auszumachen, dass sowohl die Verkündung beim Beschluss als auch die Verkündung des Prozessvergleichs rechtsbegründende Merkmale darstellen. Beim Prozessvergleich macht schon die Gesetzeslektüre von § 278 Abs. 6 ZPO deutlich, dass dieser nicht bereits durch den letzten Schriftsatz zustande kommt, sondern erst, wenn das Gericht das „Zustandekommen" und den Inhalt des Vergleichs durch Beschluss feststellt und diesen Beschluss nicht „für sich behält", sondern den Parteien verkündet.[175] Zwar wollen einige Stimmen die abschließende Handlung des Gerichts nur als deklaratorisch verstehen.[176] Diese Stimmen bleiben jedoch durchweg eine vertiefte Begründung schuldig.[177] Eine solche dürfte auch nur schwer zu finden sein, da der Gesetzgeber den Endakt ausweislich § 278 Abs. 6 Satz 2 und § 329 Abs. 1 Satz 1 ZPO nicht in die Hände der Parteien, sondern in die Hände des Gerichts gelegt hat.[178] Warum es sich hierbei nicht um ein solches Merkmal handeln soll, das das Rechtsgeschäft entstehen lässt, erschließt sich nicht.[179]

Obwohl der Wortlaut des § 278 Abs. 6 ZPO den Mechanismus auf der Tatbestandsebene verortet („geschlossen werden" und „Zustandekommen"), finden sich

---

Musielak/Voit, Grundkurs ZPO, 14. Aufl. 2018, Rn. 532; *Grunsky/Jacoby*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2018, Rn. 454.

[175] *Musielak*, in: Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 329 Rn. 8, wobei die Formulierung mal für die Tatbestandsebene, mal für ein Wirksamkeitserfordernis spricht („Der Beschluss wird mit seiner Verkündung existent […] tritt die Wirksamkeit […] mit der Zustellung ein"); ähnlich *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 77. Aufl. 2019, § 329 Rn. 26 über die Verkündung als Wirksamkeitsgrundsatz.

[176] *Assmann,* in: Wieczorek/Schütze, ZPO, 4. Aufl. 2013, § 278 Rn. 85; *Beck/Scheel*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 787; *Baudewin*, in: Kern/Diehm, ZPO, 2017, § 278 Rn. 19; *Greger*, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 278 Rn. 35; *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 14. Aufl. 2018, Rn. 530 (der Vergleich soll daher „mit bindender Wirkung in dem Zeitpunkt zustande [kommen], in dem beide Parteien ihr Einverständnis mit dem Inhalt des Vergleichs dem Gericht mitgeteilt haben"); *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 278 Rn. 87; *Seiler*, in: Thomas/Putzo, ZPO, 41. Aufl. 2020, § 278 Rn. 15; zuvor schon *Reinhold,* in: Thomas/Putzo, ZPO, 37. Aufl. 2017, § 278 Rn. 15; anders wiederum *Feskorn,* in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 329 Rn. 20.

[177] Wenn *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, 23. Aufl. 2018, § 278 Rn. 87 kurz anmerkt, dass es „aus Gründen der Rechtssicherheit für die Wirksamkeit" nicht auf den Beschluss, sondern „die Annahme" ankomme, stellt sich die Frage, wie die jeweils andere Partei wissen soll, ob und wann der gerichtliche Vergleichsvorschlag gegenüber dem Gericht angenommen wurde. Das gilt erst recht, wenn auf Kläger- oder Beklagtenseite etliche Streitgenossen (§§ 59 ff. ZPO) beteiligt sind. Es scheint also genau umgekehrt zu sein: Ohne die Verkündung des Beschlusses durch das Gericht tritt keine Rechtssicherheit ein.

[178] *Prütting*, in: MüKoZPO, 5. Aufl. 2016, § 278 Rn. 42 spricht bewusst von einem „und", wonach also nicht nur die Erklärungen der Parteien genügen, sondern auch der Beschluss erforderlich ist.

[179] Besonders schwer verständlich ist, warum *Saenger*, in: Saenger, ZPO, 8. Aufl. 2019, § 278 Rn. 23 im ersten Atemzuge betont, dass der Beschluss „nur feststellenden Charakter" habe, im gleichen Satz dann aber schreibt, dass dieser Beschluss den Vergleich zum Vollstreckungstitel „macht", also offensichtlich etwas konstituiert, was vorher noch nicht existent war.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

beim gerichtlichen Vergleich Aussagen im Schrifttum, die für ein Wirksamkeitserfordernis sprechen. Das gilt für diejenigen Autoren, die bei § 278 Abs. 6 Satz 2 ZPO das allgemeine Protokollierungserfordernis nach §§ 160 Abs. 3 Nr. 1, 162 Abs. 1 Satz 1 ZPO[180] durch den Beschluss ersetzen wollen[181] und somit den Beschluss als Wirksamkeitserfordernis ansehen.[182]

Nach alldem ist deutlich geworden, dass die Verkündung am Ende der Beschlussprozedur zwar nur wenig anhand von Normen erklärt werden kann (vgl. oben zu § 24 Abs. 7 Satz 2 Nr. 1 WEG[183]), aber sowohl die notarielle Beurkundung als auch der gerichtliche Vergleich Parallelen aufweisen, die der Beschlussprozedur in einigen Aspekten nahestehen. Diese Parallelen zeigen deutlicher als der Vergleich mit der Übergabe in § 929 BGB und der Eintragung in § 873 BGB, dass auch andere Vorgänge außer Willenserklärungen zum „Akt des Rechtsgeschäfts“[184] gehören können. Im Duktus von Flume handelt es sich bei der Verkündung des Beschlusses um einen solchen „anderen Vorgang“, der „zu dem Akt des Rechtsgeschäfts gehört“[185] und eben nicht klassische Willenserklärung ist. Dies alles spricht dafür, dass die Verkündung bei der Beschlussprozedur ein erforderlicher Endakt ist.[186]

Die Parallelen zwischen Beschluss und notarieller Beurkundung und gerichtlichem Vergleich konnten aber noch nicht klären, ob es sich bei der Verkündung des Beschlusses um ein Tatbestandsmerkmal oder ein Wirksamkeitserfordernis handelt. Während die notarielle Beurkundung ein Formerfordernis und damit eindeutig ein Wirksamkeitserfordernis darstellt, spricht der Wortlaut des § 278 Abs. 6 ZPO durch die Begriffe „geschlossen werden“ und „annehmen“ deutlich die Tatbestandsebene an.

---

[180] *Schellhammer,* Zivilprozess, 15. Aufl. 2016, Rn. 678.

[181] So *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 14. Aufl. 2018, Rn. 531; *Greger*, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 278 Rn. 34; noch in der Vorauflage *Leipold*, in: Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2008, § 278 Rn. 85; *Abramenko,* NJW 2003, 1356.

[182] *Schultzky*, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 162 Rn. 6; *Musielak/Voit*, Grundkurs ZPO, 14. Aufl. 2018, Rn. 533; *Beck/Scheel*, Zivilprozessrecht, 4. Aufl. 2016, Rn. 788. *Zeiss/Schreiber*, Zivilprozessrecht, 12. Aufl. 2014, Rn. 516 meinen offenbar das Gleiche, formulieren aber unglücklich, dass das „Fehlen der Protokollierung den Vergleich unwirksam mach[e]“. Richtig ist, dass das Fehlen der Protokollierung den Vergleich nicht entstehen lässt.

[183] Diese Regelung soll durch das WEMoG (RegE vom 23.03.2020) in § 25 Abs. 5 WEG-E neu gefasst werden. Niederschriften über Beschlüsse wären danach in Textform aufzubewahren.

[184] So der Ausdruck von *Flume*, BGB AT, Band 2 – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 2 Nr. 3 c.

[185] So die Begrifflichkeiten bei *Flume*, BGB AT, Band 2 – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 2 Nr. 3 c und ferner oben in § 4 VI. 3.

[186] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 11; *Altmeppen*, NJW 2016, 2833, 2837.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

6. Das Plädoyer für die Deutung der Verkündung als finalisierendes Tatbestandsmerkmal

Ist zum einen durch den eingangs aufgestellten Befund deutlich geworden, dass die herrschende Meinung rechtsgebietsübergreifend davon ausgeht, dass der Beschluss eines konstitutiven Endakts bedarf,[187] und ist zum anderen durch die Parallele zum gerichtlichen Vergleich und jene zur notariellen Beurkundung sichtbar geworden, dass solche Endakte in der Rechtsgeschäftslehre nicht unüblich und auch bei Beschlüssen erforderlich sind, bleibt zu klären, ob es sich bei diesem letzten Merkmal der Beschlussprozedur um ein Tatbestandsmerkmal oder ein Wirksamkeitserfordernis handelt.

Greift man nun noch einmal die von Leenen für den Vertrag und von Häublein für den Beschluss herausgearbeitete Differenzierung zwischen „Abschluss", „Zustandekommen" und „Wirksamkeit" auf,[188] lässt sich die Frage beantworten: Die Verkündung des Beschlusses stellt ein Tatbestandsmerkmal dar.[189] Dies gilt unabhängig davon, ob der Beschluss im Prozessrecht mit einer fristgebundenen Anfechtungsklage oder mit der allgemeinen Feststellungsklage überprüft wird. Diese Deutung ist nun argumentativ wie folgt zu stützen:

a) Die Argumentation nach dem Ausschlussprinzip

Differenziert das BGB, wie oben gezeigt, unbestreitbar zwischen „Abschluss", „Zustandekommen" und „Wirksamkeit" und muss denknotwendigerweise[190] zunächst der Tatbestand erfüllt sein, bevor die Wirksamkeit geprüft werden kann, kommt als das den Tatbestand erfüllende Merkmal der Beschlussprozedur allein die Verkündung des Beschlusses in Betracht. Dies ergibt sich schon nach dem Ausschlussprinzip:

Dasjenige Tatbestandsmerkmal der Beschlussprozedur, das die Beschlussprozedur eröffnet – der *Beschlussantrag* –, kann den Tatbestand des Beschlusses nicht erfüllen. Dies wird, soweit ersichtlich, auch von niemand vertreten und wäre auch nicht zu begründen, da der Beschlussantrag selbst keine Willenserklärung darstellt,[191] ein jedes Rechtsgeschäft aber zumindest aus einer Willenserklärung bestehen muss[192] und somit ohne Willenserklärung ein Rechtsgeschäft nicht „abgeschlossen", geschweige denn „zustande gekommen" sein kann.

---

[187] Siehe oben in § 4 VI. 1. und zu den Nachweisen Fn. 103.

[188] Siehe oben in § 4 I.

[189] Wie hier BGH, Beschl. v. 28.08.2001 – V ZB 10/01, NJW 2001, 3339, 3342 (aber mit der in Fn. 5 genannten Einschränkung); *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 11; *Drabek*, in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 24; *Altmeppen*, GmbHR 2018, 225, 228.

[190] *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 386: „denkgesetzlich geboten".

[191] Siehe oben § 4 III.

[192] Siehe oben § 3 II.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die bloße *Stimmabgabe* kann – im Anschluss an Ernst und Altmeppen – ebenfalls nicht den Tatbestand des Beschlusses erfüllen.[193] Die Stimmabgaben gehören zum „Abschluss", reichen aber noch nicht für das „Zustandekommen" des Rechtsgeschäfts. Werden Stimmen abgegeben und ist noch nicht festgestellt, welche dieser Stimmen zugelassen, welche dieser Stimmen gültig oder welche dieser Stimmen rechtzeitig widerrufen wurden, kann die bloße Stimmabgabe noch nicht zu einem Beschluss führen.[194] Der juristische Gedankenschritt durch die Feststellung der Stimmen ist nicht verzichtbar, wenn er auch in kleinen Versammlungen bei unproblematischen Abstimmungen verschwindend klein ausfallen kann.[195] Die Rechtsgeschäftslehre differenziert aber auch sonst nicht zwischen unproblematischen und problematischen Vertragsschlüssen, weshalb auch die Beschlussprozedur nicht zwischen unproblematischen und problematischen Beschlussfassungen differenziert. Je größer die Kollektivorgane werden, umso größer wird die Überzeugungskraft dieses Arguments. Kein Wohnungseigentümer, kein Gläubiger und kein Aktionär könnte in einer einigermaßen großen Versammlung nach der bloßen Stimmabgabe beurteilen, ob ein Beschluss zustande gekommen ist oder nicht. Genauso einleuchtend ist dieses Argument, wenn in einer Versammlung – ob klein, ob groß – die Stimmkarten in eine Urne geworfen werden. Die bloße Stimmabgabe kann noch nicht zum Zustandekommen des Beschlusses führen. Einzig und allein der Empfänger der Stimmabgaben kann nach der Feststellung des Abstimmungsergebnisses entscheiden, ob das Ergebnis der Stimmabgabe ausgereicht hat, einen positiven Beschluss zustande zu bringen oder nicht, denn seine Aufgabe ist die Auswertung der Stimmen.[196]

Die gegenteilige Annahme, wonach die bloße Stimmabgabe für das Zustandekommen des Beschlusses genüge, zeigt ihre offene Flanke, wenn angenommen wird, dass „eine nachträglich abgegebene Stimme […] das Zustandekommen eines Beschlusses bewirken"[197] könne. Eine solche Sichtweise entfernt sich viel zu weit von einer Beschlussprozedur, also der kollektiven Willensbildung in einem förmlichen Verfahren. Gerade diese Beschlussprozedur ist aber, wie K. Schmidt schon früh herausgearbeitet hat, notwendige Legitimationsgrundlage des Beschlusses.[198]

Anders als beim Vertrag kann den Organwaltern im Regelfall eben nicht überlassen werden, die Feststellung einer jeden Stimmabgabe selbst und eigenständig zu

[193] Überzeugend *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 9; ihm folgend *Altmeppen*, NJW 2016, 2833, 2837. A. A. etwa *Enzinger*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 40; *Lieder*, in: Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 119 Rn. 40.

[194] A. A. *Lieder*, in: Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 119 Rn. 40.

[195] Überzeugend *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 10.

[196] Siehe sogleich in § 4 VI. 8. zu dem Fall, dass ein Versammlungsleiter fehlt.

[197] *Enzinger*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 40.

[198] *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 3 und schon zu Beginn von § 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

beurteilen,[199] da die Organwalter dann häufig zu unterschiedlichen Feststellungen kämen und somit Unsicherheit über das Zustandekommen des Beschlusses bestehen würde.

Eines kommt hinzu: Würde man schon die Stimmabgabe für das „Zustandekommen" des Beschlusses genügen lassen, müsste der Beschluss bereits mit der letzten Stimme zustande gekommen sein, mit der das Mehrheitserfordernis erreicht wurde.[200] Alle weiteren zustimmenden Stimmabgaben würden für den Tatbestand irrelevant sein und damit rechtsgeschäftlich den Beschluss nicht stützen, obwohl sie womöglich ebenfalls wirksame Willenserklärungen sind. Dass dies nicht überzeugen kann, liegt auf der Hand.[201] Daher zeigt sich hier eine Schwäche in der Argumentation derer, die den Beschluss zustande kommen lassen wollen, sobald die letzte Stimme abgegeben wurde.[202] Sie suggerieren, dass mit der bloßen Stimmabgabe die juristische Subsumtion, ob die kollektive Willensbildung erfolgreich war, schon geschehen sei – von wem auch immer.

Die *Feststellung des Abstimmungsergebnisses*, also der juristische Gedankenschritt über die Auswertung der einzelnen Stimmen mitsamt der Entscheidung über alle denkbaren Komplikationen, erfüllt den Tatbestand ebenfalls noch nicht. Das Wissen des Versammlungsleiters um das rechnerische und rechtliche Ergebnis der Abstimmung bereitet den Endakt der Verkündung vor, schafft sozusagen seine inhaltliche Grundlage, ist selbst aber noch nicht der Grund für das „Zustandekommen" des Rechtsgeschäfts. Verkündet der Versammlungsleiter das Abstimmungsergebnis nicht, könnte kein Organ einen Beschluss ausführen.[203] Es würde weiterhin an einer abgeschlossenen Beschlussprozedur und damit der Legitimationsgrundlage[204] des Beschlusses fehlen. Die Aufgabe eines Beschlusses, nämlich Entscheidungsgrundlage für die nächsten Schritte anderer Organe zu sein, wäre nicht erfüllt. Bis zu dem Moment der Verkündung liegen lediglich Willenserklärungen vor, die gültig oder ungültig sein können und die der Zusammenfügung – der Verklammerung – zu einem Rechtsgeschäft durch den Empfänger dieser Willenserklärungen harren.

---

[199] Ähnlich *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 11. Siehe sogleich in § 4 VI. 8. zu dem Fall, dass ein Versammlungsleiter fehlt.

[200] Überzeugend gegen eine solche Sichtweise *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 9.

[201] Ebenso *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 120.

[202] So aber ausdrücklich *Enzinger*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 41; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 119 Rn. 26; *Lieder*, in: Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 119 Rn. 40.

[203] Ähnlich *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 10: andere Organe hätten „nicht die mindeste Anleitung, was zu tun und was zu unterlassen ist".

[204] Zu diesem Begriff *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 3 und schon oben in § 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Erstmals mit der *Verkündung des Beschlusses* kommt zum „Abschluss" das „Zustandekommen" des Rechtsgeschäfts hinzu.[205] Da die Verkündung das letzte Merkmal der Beschlussprozedur ist und der Beschluss als Rechtsgeschäft bisher noch nicht zustande gekommen ist, *bleibt* nach dem Ausschlussprinzip *nur die Verkündung übrig*, die das Rechtsgeschäft zur Entstehung bringt. Da erst jetzt der Tatbestand erfüllt ist – im Duktus des BGH, erst jetzt der Tatbestand komplettiert ist[206] – kann die Verkündung *denknotwendigerweise* kein Wirksamkeitserfordernis darstellen. Die Frage nach der Wirksamkeit stellt sich erst und ausschließlich dann, wenn der Tatbestand schon erfüllt ist. Da erst die Verkündung den Tatbestand komplettiert, ist für die Frage nach der Wirksamkeit noch kein Raum.

Unbestreitbar gehört zum Wesensmerkmal des Majoritätsprinzips, auch Organwalter durch den Beschluss zu binden,[207] die an der Beschlussfassung nicht teilgenommen haben, vielleicht sogar nicht einmal in der Versammlung waren. Der früheste Zeitpunkt, ab welchem diese Organwalter an den Beschluss gebunden sein können, kann nicht die Stellung des Beschlussantrags, nicht die Stimmabgabe und nicht die Feststellung des Abstimmungsergebnisses sein. Es ist einzig und allein der Moment der Verkündung des Beschlusses und damit das nun entstandene Rechtsgeschäft, ab dem alle Organwalter gebunden sind. Erst und nur jetzt ist Raum für die Folgefrage, ob etwaige Wirksamkeitserfordernisse erfüllt wurden, wie die Eintragung des Beschlusses ins Handelsregister.

b) Die Argumentation mit der Funktion von Tatbestandsmerkmalen und Wirksamkeitserfordernissen

Diese Abgrenzung zu den Wirksamkeitserfordernissen führt zu einem weiteren Argument: Während ein Wirksamkeitserfordernis darüber entscheidet, „ob" ein Rechtsgeschäft wirksam ist oder nicht, entscheidet die Verkündung über den „Inhalt" des Rechtsgeschäfts.[208] Denn anders als beim Vertrag enthalten nicht die Willenserklärungen den Inhalt des Rechtsgeschäfts, da diese nur auf JA oder NEIN lauten. Erst die Verkündung des Beschlusses verklammert den Beschlussantrag mit seinen *essentialia et accidentalia negotii* und die festgestellten Stimmabgaben als Willenserklärungen zu einem Rechtsgeschäft. Beschlussantrag und Beschlussverkündung sind die beiden Pole der Beschlussprozedur. Die dazwischen abgegebenen Willenserklärungen sind das stützende Fundament. Aber noch einmal: Erst die Verkündung entscheidet über den Inhalt des Rechtsgeschäfts. Dies ist typisch für Tatbestandsmerkmale, nicht aber für Wirksamkeitserfordernisse. Auch dies spricht

[205] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 11; *Altmeppen*, GmbHR 2018, 225, 228.

[206] BGH, Beschl. v. 28.08.2001 – V ZB 10/01, NJW 2001, 3339, 3342.

[207] Wenn auch etwas anders, argumentiert so auch *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 11 mit der Bindungswirkung.

[208] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 11.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dafür, dass die Verkündung des Beschlusses das letzte Tatbestandsmerkmal der Beschlussprozedur darstellt.[209]

c) Die Argumentation gegen ein Formerfordernis

Führt man sich die für die Rechtsgeschäftslehre üblichen Wirksamkeitserfordernisse vor Augen, namentlich die Geschäftsfähigkeit, die Form des Rechtsgeschäfts und die inhaltlichen Schranken,[210] ist die Verkündung mit diesen Wirksamkeitserfordernissen nicht vergleichbar. Allenfalls die Formerfordernisse haben eine gewisse Ähnlichkeit zur Verkündung des Beschlusses. Da sich der Gesetzgeber des BGB bewusst dafür entschieden hat, Rechtsgeschäfte im Regelfall formfrei zu ermöglichen,[211] wäre es nicht überzeugend, wenn die Verkündung als Formerfordernis angesehen würde und damit alle – jedenfalls alle fristgebunden anfechtbaren – Beschlüsse formbedürftig wären und sich bei jedem nicht-verkündeten Beschluss die Frage stellen würde, ob der Formmangel – wie auch immer – geheilt werden kann. Das würde den Grundsatz der Formfreiheit auf den Kopf stellen.

d) Die Argumentation gegen die Verquickung von prozessualem Beweisrecht mit tatbestandlichen Voraussetzungen

Formerfordernisse erfüllen mindestens einen Formzweck, haben also eine Beratungs-, Warn- oder Beweisfunktion. Mit dem schillernden Begriff der „Beschlussfixierung“ wird seit Langem versucht, der Verkündung als Tatbestandsmerkmal der Beschlussprozedur das Wasser abzugraben. Dahinter steckt bei Lichte betrachtet die Idee, die Verkündung des Beschlusses als Formerfordernis und damit als Wirksamkeitserfordernis zu verstehen.

Allen voran hat Fehrenbach die These aufgestellt, dass die Verkündung des Beschlusses durch einen gewöhnlichen Versammlungsleiter für eine Beschlussfixierung zu schwach und nur der nach § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG verkündete Beschluss hinreichend fixiert sei. Nur der so fixierte Beschluss könne in der Folge tauglicher Gegenstand einer Beschlussanfechtungsklage sein. Selbst wenn in anderen Verbänden, wie der GmbH, ein Versammlungsleiter eingesetzt werde, sei die Verkündung des Beschlusses defizitär, denn die bloße Verkündung führe nicht zwingend zu einer schriftlichen Niederlegung. Die Aufgabe der Verkündung sei aber die zuver-

[209] Der Vollständigkeit halber seien Bedenken gegen den Ansatz von *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 275 angemerkt, *grundsätzlich* den Zugang des Beschlusses bei dem ausführenden Organ *als Wirksamkeitserfordernis* zu verstehen. Soweit ersichtlich wird dieser Ansatz allein von ihm vertreten.

[210] Überblick etwa bei *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, §§ 12 – 15.

[211] *Flume*, BGB AT, Band 2 – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 15 I 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lässige Beschlussfixierung, die so nicht zuverlässig erreicht werde und daher – außerhalb der aktienrechtlichen Hauptversammlung – auch nicht vorliege.[212]

Zwei Dinge sind hier jedoch genau zu trennen: Rechtsgeschäftslehre und Prozessrecht. Ersteres beschäftigt sich mit der Frage, was für den Beschluss erforderlich ist, um von einem Rechtsgeschäft sprechen zu können und was für seine Wirksamkeit notwendig ist, letzteres mit der Frage, was wer aufgrund welcher Beweismittel im Falle eines Streites im späteren Prozess beweisen kann und muss. Wer sich dieser Differenzierung bewusst wird, muss für das umstrittene Tatbestandsmerkmal der Verkündung entscheiden, ob der Gedankengang in der Rechtsgeschäftslehre oder im Prozessrecht zu beginnen hat. Sollte es wirklich überzeugen, das Pferd von hinten aufzuzäumen und – ausgehend von der Beschlussanfechtungsklage und damit dem Prozessrecht – zu bestimmen, was der Beschluss *rechtsgeschäftlich* aufweisen muss, um als Beschluss im Falle einer prozessualen Überprüfung akzeptiert werden zu können? Gäbe es für diese ungewöhnliche Herangehensweise weitere Beispielsfälle dergestalt, dass aus dem Prozessrecht abgeleitet wird, was in der Rechtsgeschäftslehre vonnöten ist?

So nachvollziehbar der Wunsch von Fehrenbach ist, für das Beschlussmängelrecht genau beweisen zu können, was in einer Versammlung beschlossen wurde, um nicht schon über die Frage des „Ob" und „Was" streiten zu müssen, so sehr scheint doch in zeitlicher Hinsicht die Rechtsgeschäftslehre vor dem Prozessrecht anzusetzen und nicht umgekehrt: Zunächst ist deshalb in der Rechtsgeschäftslehre zu klären, was für den Beschluss tatbestandlich vonnöten ist, um von einem Rechtsgeschäft sprechen zu können, erst dann ist im Falle eines Streites prozessrechtlich zu klären, wer was zu beweisen hat und welcher Beweismittel er sich bedienen kann. Wann immer Fehrenbach den markanten Begriff der Beschlussfixierung in das Zentrum der Betrachtung holt, spricht er genau genommen über den Urkundenbeweis nach § 416 ZPO. Ob es eines Urkundenbeweises überhaupt bedarf, hängt aber davon ab, ob der Beschluss oder der Beschlussinhalt ausdrücklich bestritten wurde (§ 138 Abs. 2 ZPO). Wird aber von der Gegenseite nicht ausdrücklich bestritten, dass der angegriffene Beschluss mit diesem Inhalt gefasst wurde, gilt dieser Tatsachenvortrag als zugestanden (§ 138 Abs. 3 ZPO). Dann kommt es auf den Beweis der Beschlussfixierung nicht mehr an. Kein Gericht würde nun den Urkundenbeweis führen lassen. Es würde schon nicht in die Beweisaufnahme eintreten. Dies zeigt, dass hier der Gedankengang zu Unrecht im Prozessrecht beginnt, obwohl er seinen Ausgangspunkt in der Rechtsgeschäftslehre zu nehmen hat. Ergänzend sei angemerkt, dass eine bestrittene Beschlussfassung oder ein bestrittener Beschlussinhalt auch durch andere Strengbeweise erbracht werden könnte, etwa die Inaugen-

[212] *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 149 ff., 158 ff. Ähnlich so auch *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 124.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

scheinnahme einer Aufzeichnung von der Versammlung, die Vernehmung von Zeugen oder die Parteivernehmung.[213]

Die Verkündung des Beschlusses hängt also nicht davon ab, ob sie in der Form des § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG vorgenommen wurde und ist unabhängig davon, ob der Beschlussinhalt leicht oder schwer bewiesen werden kann. Auch gewöhnliche Versammlungsleiter sind in der Lage, die Beschlussprozedur abzuschließen und den Beschluss als Rechtsgeschäft zur Entstehung zu bringen.

e) Die Argumentation gegen Flickenteppiche

Im Übrigen ist dem Gedanken entgegenzutreten, die Verkündung nur bei denjenigen Beschlüssen zu verlangen, die mit einer fristgebundenen Beschlussanfechtungsklage überprüft werden können, aber die Verkündung als entbehrlich einzuschätzen, wenn prozessual „nur" die allgemeine Feststellungsklage statthaft ist. Das Anliegen dieser Schrift ist es, den eingangs angesprochenen Flickenteppich durch ein homogenes System zu ersetzen, nicht aber neue Flicken hinzuzufügen.[214] Es entsprach der grundlegenden Vorstellung der Verfasser des BGB, eine allgemeine Rechtsgeschäftslehre für jeden Vertragsschluss bereitzustellen und daher im Allgemeinen Teil des BGB zu verorten. Auf dieser Linie liegt es, dass die hier entwickelte Beschlussprozedur auf die Beschlussfassung in allen privatrechtlichen Kollektivorganen anwendbar ist. Nach alldem kann es keinen Unterschied machen, ob der so gefasste Beschluss prozessual mit der Anfechtungsklage oder der Feststellungsklage überprüft werden kann und ob hierzu Fristen zu wahren sind oder nicht. Wenn die Verkündung des Beschlusses auf Tatbestandsebene erforderlich ist, um den Beschluss als Rechtsgeschäft zur Entstehung zu bringen, gilt das für alle Beschlüsse gleichermaßen und insbesondere unabhängig von der später statthaften Klageart im Beschlussmängelrecht. Allen Versuchen, das Pferd von hinten aufzuzäumen und aus dem Prozessrecht tatbestandliche Voraussetzungen für das Rechtsgeschäft zu folgern, muss eine Absage erteilt werden.

f) Die Argumentation für die „eigene Art" des Beschlusses als Rechtsgeschäft

Zum Abschluss des Plädoyers soll eine Brücke zu denjenigen geschlagen werden, die dem hier vertretenen Konzept deshalb skeptisch gegenüberstehen könnten, weil es den abgegebenen *Willenserklärungen* im Vergleich zum Vertrag *weniger Gewicht* beimisst und dieses Gewicht stattdessen *in Richtung Verkündung* verschiebt. Diese

[213] Wann ein Organwalter Zeuge und wann Partei ist, hängt von der Frage ab, gegen wen sich der Angriff auf einen Beschluss richtet. Bei § 46 Abs. 1 Satz 1 WEG etwa besteht das Kuriosum, dass die übrigen Wohnungseigentümer zu verklagen sind und damit keine Zeugenstellung haben können. Bei § 246 Abs. 2 Satz 1 AktG hingegen wird die Anfechtungsklage gegen den Verband gerichtet, sodass Organwalter Zeugen sein können. Siehe hierzu noch in § 5 I. und *Skauradszun*, in: FS Riecke, 2019, 431, 432 ff.

[214] Siehe in § 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Sorgen wären zumindest nachvollziehbar, da der Rechtsanwender des BGB seit Langem gewohnt ist, der einzelnen Willenserklärung ein hohes Gewicht beizumessen und daher verinnerlicht hat, dass mit Vorliegen der übereinstimmenden Willenserklärungen das Rechtsgeschäft zustande kommt. Wer daher aus Sicht des Vertragsrechts denkt, wird sich weder mit der Verkündung als Tatbestandsmerkmal noch dessen Gewicht in der Beschlussprozedur leichttun, was besonders deutlich am Problem des Zählfehlers wird, wenn nicht die tatsächlich abgegebenen Willenserklärungen ausschlaggebend sind, sondern die Verkündung des Beschlusses.[215]

Vertrag und Beschluss sind jedoch zwei gänzlich unterschiedliche Rechtsgeschäfte. Aus gutem Grund wird im heutigen Schrifttum betont, dass es sich beim Beschluss um ein Rechtsgeschäft „eigener Art" handelt.[216] So sehr in dieser Schrift auch der Versuch unternommen wird, den Allgemeinen Teil des BGB für den Beschluss als Rechtsgeschäft fruchtbar zu machen, darf gleichwohl keine Hoffnung geschürt werden, man könne den Beschluss ähnlich einem Vertrag verstehen.[217] Es soll daher zur Vermeidung von Missverständnissen betont werden, dass Beschlüsse nicht aus der Rechtstradition der Verträge gedacht werden dürfen. *Willenserklärungen* haben bei Vertrag und Beschluss *kein gleiches, sondern ein unterschiedliches Gewicht.* Dieser Unterschied ist dem hier vorgestellten System bewusst, aber der gänzlich anderen Art des Rechtsgeschäfts geschuldet. Einem Beschluss geht es von vornherein *nicht* um *individuelle* Rechtsbeziehungen. Stattdessen ist der Beschluss als Instrument der *kollektiven* Willensbildung als Rechtsgeschäft des Kollektivorgans konzipiert.[218] Sobald daher der Beschluss in der Welt ist, rücken die ihn stützenden Willenserklärungen in den Hintergrund.[219] Im Vordergrund steht bei dieser kollektiven Willensbildung stets die Entscheidung des Kollektivorgans. Es liegt daher in der Natur dieses Rechtsgeschäfts, dass die einzelnen Willenserklärungen weniger Gewicht haben. Deshalb ist legitimierendes Element des Beschlusses auch nicht primär die Willenserklärung.[220] Legitimationsgrundlage des Beschlusses ist –

[215] Dazu ausführlich in § 4 VII. 2. b).

[216] *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 2; *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 49, 52; *Bork,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 13 Rn. 436; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 11; *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 72.

[217] Dieses ältere Verständnis ist heute überwunden, *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 50.

[218] Treffend so schon *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 1; *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 49.

[219] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 141; *Ernst,* Der Beschluss als Organakt in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 8. Deshalb kann *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 276 zu Recht sagen, dass es bei dem Beschluss des Organs „nicht auf die konkrete Zusammensetzung der jeweils mit Ja (oder Nein) stimmenden Organwalter […] ankommen kann".

[220] In § 13 II. 2. wird sich allerdings zeigen, dass selbst Negativbeschlüssen zumindest eine Willenserklärung als rechtsgeschäftliches Fundament zugrunde liegen muss.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wie es K. Schmidt zu Recht betont hat – allen voran die durchlaufene Beschlussprozedur.[221]

Die hier entwickelte Beschlussprozedur wird nach alldem auch nicht als Beschränkung der Privatautonomie verstanden, dergestalt, dass nicht nur den förmlicheren Kollektivorganen wie der aktienrechtlichen Hauptversammlung und wohnungseigentumsrechtlichen Eigentümerversammlung eine mit der Verkündung abschließende Beschlussprozedur abverlangt wird, sondern auch den teils weniger förmlichen Versammlungen bei den Personengesellschaften und im Verein. Diesen Bedenken soll noch einmal die Flexibilität des Systems verdeutlicht werden, kann doch mit der hier vorgestellten Beschlussprozedur der Beschluss sowohl in einem kleinen als auch großen Kollektivorgan, ferner von Laien gleichermaßen wie von professionellen Organwaltern gefasst werden. Eine Sorge vor einer zu förmlichen Beschlussprozedur muss nicht bestehen, wird das folgende Kapitel zeigen, dass das förmliche Tatbestandsmerkmal der Verkündung sogar konkludent erfüllt werden kann.

7. Konkludente und fehlende Verkündung

Neben der ausdrücklichen Verkündung des Beschlusses ist anerkannt, dass der Beschluss auch konkludent verkündet werden kann. Fehlen etwa im Protokoll Angaben zur Feststellung des Abstimmungsergebnisses und zur Beschlussverkündung, wurde der Beschluss jedoch einstimmig oder mit großer Mehrheit gefasst, nimmt die Rechtsprechung häufig eine konkludente Beschlussverkündung an.[222] Etwa im GmbH-Gesellschafts-[223] und Wohnungseigentumsrecht[224] entspricht dies auch der überwiegenden Literaturansicht.

Legt man in einem Streitfall Protokolle über einstimmig oder eindeutig gefasste bzw. abgelehnte Beschlussanträge so aus, dass der Beschluss aufgrund des eindeutigen Abstimmungsergebnisses zumindest konkludent verkündet wurde, heißt das nicht, dass auf die Verkündung verzichtet und das Tatbestandsmerkmal in Frage gestellt würde.[225] Es wird lediglich zugebilligt, dass ein Abstimmungsergebnis auch

---

[221] *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 1 und 3.

[222] Exemplarisch BGH, Urt. v. 23.08.2001 – V ZB 10/01, NJW 2001, 3339, 3342.

[223] *Rohleder*, GmbHR 1989, 236, 239; *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 48 Rn. 53; *Altmeppen*, GmbHR 2018, 225, 228.

[224] *Greiner*, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. 2014, § 7 Rn. 851 und 859; *T. Spielbauer*, in: Spielbauer/Then, WEG, 3. Aufl. 2017, § 23 Rn. 26; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, vor §§ 23 ff. Rn. 25; *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 33; *Drabek,* in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 22. Grundsätzlich eine konkludente Verkündung akzeptierend auch *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 41.

[225] Deshalb überzeugt der Ansatz von *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 120 nicht, bei „offenkundigen" Abstimmungsergebnissen von der Verkündung abzusehen („ist in diesem Fall nicht erforderlich"). Stimmiger ist es, in diesem Fall von einer konkluenten

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

konkludent verkündet werden kann und eine fehlende Protokollierung der Verkündung der Entstehung des Beschlusses nicht entgegenstehen muss, da die Umstände hinreichend für eine Verkündung sprechen.[226] Mit dieser Sichtweise gelingt es auch, den Fall der Beschlussfassung in der Ein-Personen-GmbH erklären zu können. Freilich steht zunächst die Frage im Raum, worin der Unterschied zwischen der Stimme des einzelnen Gesellschafters und dem Beschluss der Gesellschafterversammlung liegt.[227] Die Besonderheit liegt bei genauerer Sicht lediglich in der hohen Geschwindigkeit, in der die Beschlussprozedur durchlaufen werden kann. Gleichwohl beginnt auch hier die Beschlussprozedur mit einem Antrag, dem in der nächsten juristischen Sekunde die einzige Stimmabgabe folgt. Der denkbar leichten Feststellung des Abstimmungsergebnisses folgt in der nächsten juristischen Sekunde die jedenfalls konkludente Verkündung des Beschlusses,[228] etwa dadurch, dass der einzige Gesellschafter in seinen Unterlagen vermerkt, was er soeben beschlossen hat. Hier zeigt sich, dass das hier vertretene Konzept nicht zu förmlich oder zu strikt ist,[229] da der Beschluss in Fällen, wie hier beschrieben, auch konkludent verkündet werden kann.

Einen ähnlichen Gedankengang kennt die Rechtsgeschäftslehre im Übrigen in § 151 BGB. Auch hier ist die Annahme des Antrags – und damit die Willenserklärung, die das Rechtsgeschäft entstehen lässt – nicht etwa entbehrlich.[230] Es ist nur nicht hinderlich, dass es keine dem Antragenden *ausdrücklich erklärte* Annahme gibt, wenn die Umstände hinreichend für eine Annahme sprechen. Umgekehrt versteht sich allerdings auch von selbst, dass die Protokollierung einer Verkündung, die nicht stattgefunden hat, die Verkündung des Beschlusses nicht ersetzen kann.[231]

Fehlt die ausdrückliche Verkündung des Beschlusses und wurde dieser nicht einmal konkludent verkündet, ist der Beschluss nach dem oben Gesagten nicht zustande gekommen. Der Tatbestand ist noch nicht erfüllt. Das fehlende Tatbestandsmerkmal – die Verkündung – kann dann nur mithilfe des Gerichts erfüllt werden. Statthaft soll dabei, nach allgemeiner Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum, die allgemeine Feststellungsklage nach § 256 ZPO in der Form der positiven Beschlussfeststellungsklage sein.

Verkündung auszugehen, denn das Tatbestandsmerkmal ist – wie in § 4 VI. 6. gezeigt – nicht verzichtbar.

[226] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 41.

[227] Diese Frage wirft *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 1 b zu Recht auf.

[228] *Hügel/Elzer*, 2. Aufl. WEG, 2018, vor §§ 23 ff. Rn. 27 betonen ebenfalls, dass bei der Ein-Personen-Versammlung die Tatbestandsmerkmale des Beschlusses unverändert bleiben.

[229] Zu Recht *Altmeppen*, GmbHR 2018, 225, 228 mit der Einschätzung, dass die Verkündung bei Einigkeit der Organwalter „ohne Probleme geschieht".

[230] *Wolf,* in: Soergel, BGB, 1999, § 151 Rn. 1 ff.; *Bork,* in: Staudinger, BGB, 2003, § 151 Rn. 1 ff.; *Brinkmann*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, 13. Aufl. 2018, § 151 Rn. 7; *Busche,* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 151 Rn. 1, 3.

[231] *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, vor §§ 23 ff. Rn. 25.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Diese Sichtweise wird in der Rechtsgeschäftslehre[232], im Vereins-[233] und im Gesellschaftsrecht[234] offenbar nicht und im Wohnungseigentumsrecht[235] kaum hinterfragt und scheint damit überwiegend geklärt zu sein. Richtiger Beklagter soll in den gesellschaftsrechtlichen Verfahren die Gemeinschaft bzw. der Verband sein, deren bzw. dessen Kollektivorgan über einen Beschluss abgestimmt hat.[236] Im Rahmen der positiven Beschlussfeststellungsklage werde dann typischerweise die Feststellung beantragt, dass in einer bestimmten Versammlung bei einem bestimmten Tagesordnungspunkt ein Beschluss mit einem bestimmten Inhalt gefasst

[232] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 11; *Lange*, NJW 2015, 3190, 3191, 3193.

[233] *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 119.

[234] BGH, Urt. v. 21.03.1988 – II ZR 308/87, NJW 1988, 1844; BGH, Urt. v. 12.11.1995 – II ZR 288/94, NJW 1996, 259 (zur GmbH): „Hat der Leiter der Gesellschafterversammlung einer GmbH das rechtliche Beschlußergebnis nicht festgestellt, weil die Gesellschafter sich über die Stimmberechtigung nicht einigen konnten, so kann auf Feststellung geklagt werden, daß der beantragte Beschluß gefaßt wurde"; BGH, Urt. v. 11.02.2008 – II ZR 187/06, NZG 2008, 317, Tz. 22 (zur GmbH): „Fehlt es an einem festgestellten Gesellschafterbeschluss, bleibt den Betr. allein die Erhebung der nicht fristgebundenen, nur der Verwirkung unterliegenden Feststellungsklage" (m. w. N.); BGH, Beschl. v. 24.03.2016 – IX ZB 32/15, NZI 2016, 702, Tz. 32 (zur GmbH): „Fehlt es an einer förmlichen Beschlussfeststellung, ist es dem Betroffenen unbenommen, die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Beschlusses durch eine Beschlussfeststellungsklage nach § 256 ZPO feststellen zu lassen"; OLG Zweibrücken, Urt. v. 29.06.1998 – 7 U 259/97, GmbHR 1999, 79, 80; OLG München, Urt. v. 23.02.2017 – 23 U 4888/15, BeckRS 2017, 102600, Tz. 30 (zur GmbH): „Fehlt es an einer förmlichen Beschlussfeststellung, ist die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Beschlusses durch eine Beschlussfeststellungsklage nach § 256 ZPO festzustellen"; OLG Köln, Urt. v. 14.06.2018 – 18 U 36/17, NZG 2019, 145, Rn. 31; *Rohleder*, GmbHR 1989, 236, 237; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 3 b; *M. Schwab*, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, S. 329 und 408 (auf S. 340 spricht er dann aber überzeugend von einer Gestaltungswirkung des Urteils); *Wiester*, GmbHR 2008, 189, 195; *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 157; *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 398; *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 123; *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F 77; für Beschlüsse des Aufsichtsrats *Simons*, AG 2017, 743, 744; *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 275. Jüngst so auch in der Begründung des Gesetzentwurfs des MoPeG vom April 2020, S. 91 („Ist ein bestimmtes Beschlussergebnis gar nicht erst festgestellt worden und entsteht hierüber Streit, kommt daher eine einfache Beschlussfeststellungsklage in Betracht").

[235] *Drabek*, in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 24: „[…]kann eine nicht fristgebundene Feststellungsklage nach § 43 Nr. 1 und Nr. 4 WEG erhoben werden. Die rechtskräftige Feststellung des Beschlussergebnisses durch das Gericht ersetzt die unterbliebene Feststellung des Versammlungsleiters und komplettiert so den Tatbestand für das Entstehen eines Eigentümerbeschlusses"; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 58; *Roth,* in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 46 Rn. 16; wohl auch *Engelhardt*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 46 WEG Rn. 21. Kritisch aber (und im Ergebnis wie hier) *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 46 Rn. 34. Eindeutig (wie hier) für eine Gestaltungsklage aber AG Hamburg-Blankensee, Urt. v. 08.04.2009 – 539 C 27/08, juris: „Die Beschlussfeststellungsklage ist eine Gestaltungsklage" und *Scheel*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 46 WEG Rn. 17.

[236] LG Freiburg, Urt. v. 24.01.2014 – 12 O 93/13, ZIP 2014, 523.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

worden sei.[237] Über diese Frage müsse, da das Kollektivorgan hierüber nicht entschieden habe, eine gerichtliche Entscheidung herbeigeführt werden.[238] Diese gerichtliche Entscheidung „komplettiere“[239] dann den Tatbestand des Beschlusses. Teils wird formuliert, dass die positive Beschlussfeststellungsklage dem in der Versammlung nicht entstandenen Beschluss „zum Durchbruch“[240] verhelfe.

Monographisch hat sich Fluck mit der positiven Beschlussfeststellungsklage beschäftigt. Auch er ordnet sie der allgemeinen Feststellungsklage zu.[241] Der Antrag könne sowohl auf Feststellung eines zustimmenden als auch eines ablehnenden Beschlusses gerichtet sein.[242] Auch bei ihm klingen jedoch prozessuale Folgen an, die nicht typisch für eine Feststellungsklage sind. So führt er aus, dass die gerichtliche Beschlussfeststellung einem tatsächlich gefassten, aber nicht verkündeten Beschluss Wirkung verleihe,[243] also offenbar die gerichtliche Entscheidung eine gestaltende Wirkung hat. Er prüft auch das für eine Feststellungsklage erforderliche Feststellungsinteresse nach § 256 Abs. 1 ZPO, meint jedoch, dass dieses bei Organwaltern als Kläger typischerweise indiziert sei.[244]

Man wird sich nicht des Eindrucks erwehren können, dass Fluck hier bemüht ist, Anwendungsbereich und Prüfung so nahe wie möglich an die Feststellungsklage im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO zu bringen, er bei Lichte betrachtet aber weder einen Feststellungsantrag noch einen Feststellungstenor vor Augen hat. Besonders deutlich wird dies, wenn er – wie viele andere auch – die Feststellungsklage um eine Klagefrist erweitert und sich hierzu an der Monatsfrist der aktienrechtlichen Anfechtungsklage des § 246 Abs. 1 AktG orientiert,[245] mithin an einer Gestaltungsklage.

---

[237] So etwa für das GmbH-Recht *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 125; genauso für den Aufsichtsrat *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 289.

[238] BGH, Urt. v. 12.11.1995 – II ZR 288/94, NJW 1996, 259 (zur GmbH).

[239] *Drabek*, in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 24. Ähnlich *Rohleder*, GmbHR 1989, 236, 237 („ersetzt“).

[240] *Simons*, AG 2017, 743, 744 (für den Beschluss des Aufsichtsrats). Ähnlich für den Vereinsbeschluss, *Fluck*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, 2017, S. 168.

[241] *Fluck*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, 2017, S. 166.

[242] *Fluck*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, 2017, S. 167.

[243] *Fluck*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, 2017, S. 167.

[244] *Fluck*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, 2017, S. 167. Interessanterweise setzt er für das Feststellungsinteresse jedoch voraus, dass die klagenden Organwalter an der Versammlung teilgenommen haben, „da sie sich andernfalls in Widerspruch zu ihrem eigenen Verhalten setzen würden“. Auch das klingt wie die Widerspruchsbefugnis nach § 245 AktG, die in der aktienrechtlichen Gestaltungsklage geprüft wird.

[245] *Fluck*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, 2017, S. 168.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

a) Die Mär von der (positiven) Beschlussfeststellungsklage

Es darf schon einigermaßen verwundern, dass die oben genannten Stimmen aus Rechtsprechung und Schrifttum rechtsgebietsübergreifend annehmen, dass dem Beschluss als Rechtsgeschäft etwas fehlt, wenn der Versammlungsleiter das Abstimmungsergebnis nicht verkündet hat, für die statthafte Klageart, mit der das fehlende Tatbestandsmerkmal nun ersetzt werden soll, jedoch die Feststellungsklage auserkoren wird.[246]

Es ist zwar zuzugeben, dass die statthafte Klageart im Zivilrecht teils weniger umfassend geprüft wird als dies im öffentlichen Recht üblich ist, wo die Prüfung der statthaften Klageart im Rahmen der Zulässigkeit der Klage oft viel Raum einnimmt. Dies lässt sich im öffentlichen Recht besonders deutlich bei der Abgrenzung der Anfechtungs- von der Verpflichtungsklage zeigen, die sowohl auf Zulässigkeits- als auch Begründetheitsebene zu unterschiedlichen Voraussetzungen und Prüfungsmaßstäben führt. Doch auch für das Zivilrecht heißt das freilich nicht, dass die gewählte Klageart unstatthaft sein darf.

Der Prüfungsschritt, mit dem die statthafte Klageart ermittelt wird, gehört nicht umsonst zu den ersten Prüfungsschritten im Rahmen der Zulässigkeit. Je nach statthafter Klageart ergeben sich weitere Voraussetzungen für die Zulässigkeit. Häufig beginnt auch die Prüfung der Begründetheit je nach Klageart mit unterschiedlichen Obersätzen und damit einem unterschiedlichen Prüfungsmaßstab für das mit der Sache befasste Gericht. Vorliegend geht es jedoch um weit mehr als die einschlägigen Prüfungsschritte innerhalb der Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage. Die Vorstellung der allgemeinen Meinung, die fehlende Verkündung des Beschlusses bei der Beschlussprozedur könne mit einer Feststellungsklage ersetzt werden, führt zu einem gänzlich verzerrten Bild von der Beschlussprozedur und damit dem Beschluss mit seiner Einbettung in die Rechtsgeschäftslehre.[247] Deshalb, und nicht nur aufgrund womöglich unterschiedlicher Prüfungsschritte in der Zulässigkeit und Begründetheit, darf es bei der bisherigen Auffassung nicht bleiben.

Nimmt man rechtsgebietsübergreifend an, dass die Verkündung ein Tatbestandsmerkmal des Beschlusses ist, welches den Beschluss entstehen lässt, muss

[246] Im MoPeG (Gesetzentwurf der Expertenkommission vom April 2020) findet sich im Zuge der dort vorgesehenen Anfechtungsklage gegen Gesellschafterbeschlüsse in der Begründung folgender Satz: „Ist ein bestimmtes Beschlussergebnis gar nicht erst festgestellt worden und entsteht hierüber Streit, kommt daher eine einfache Beschlussfeststellungsklage in Betracht“ (S. 91).

[247] Dies lässt sich eindrucksvoll an einer jüngeren Entscheidung des OLG Köln, Urt. v. 14.06.2018 – 18 U 36/17, NZG 2019, 145, Tz. 45 zeigen. Dort formuliert der Senat, dass „[d]as angerufene Gericht […] im Rahmen einer positiven Feststellungsklage grundsätzlich lediglich das Ergebnis einer tatsächlich erfolgten Willensbildung der Gesellschafterversammlung feststellen [darf]“. Durch die Wendung „tatsächlich erfolgten Willensbildung“ wird deutlich, dass der Senat sehr vertragsgeprägt denkt, also den Willenserklärungen und nicht der Beschlussverkündung das entscheidende Gewicht beimisst. Dieses Verständnis ist nicht überraschend, widerspricht aber der Eigenart eines Beschlusses. Siehe oben in § 4 VI. 6. f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schon die Lektüre des § 256 Abs. 1 ZPO stutzig machen. Danach kann auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, auf Anerkennung einer Urkunde oder auf Feststellung ihrer Unechtheit Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis und die Echtheit oder Unechtheit der Urkunde durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werden. Sicher ist zunächst, dass es nicht um die Variante der Anerkennung einer Urkunde oder um die Feststellung ihrer Unechtheit gehen kann, sondern allenfalls um die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses. Da das erkennende Gericht am Ende nur etwas feststellt, was ohnehin besteht bzw. nicht besteht, hat der Gesetzgeber nachvollziehbarer Weise ein besonderes Zulässigkeitserfordernis aufgenommen. Diese Feststellung kann nämlich nur begehrt werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse an einer richterlichen Feststellung hat. Spätestens hier zeigt sich, dass die Feststellungsklage vorliegend nicht statthaft sein kann. Folgt man nämlich der herrschenden Meinung, wonach ohne Beschlussverkündung kein Beschluss entstanden ist,[248] dann besteht unzweifelhaft kein Rechtsverhältnis, sodass auch kein rechtliches Interesse an einer richterlichen Entscheidung auf Feststellung des Nichtbestehens des Beschlusses vorliegt. Besteht damit ein Rechtsverhältnis gerade nicht, hilft dem Kläger – der das noch fehlende Tatbestandsmerkmal durch das Gericht kompensieren will – die bloße Feststellung des Nichtbestehens des Rechtsverhältnisses nicht. Denn würde das Gericht feststellen, dass das Rechtsgeschäft noch nicht zustande gekommen ist, weil der Beschluss nicht verkündet wurde, wäre dadurch das fehlende Tatbestandsmerkmal nicht kompensiert und damit das Ziel des Klägers, den Beschluss als Rechtsgeschäft zur Entstehung zu bringen, nicht erreicht. Die Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO ist damit nicht statthaft. Daran ändert auch nichts, dass diese Feststellungsklage häufig unter einem speziellen Terminus geführt wird – auch die sog. „positive Beschlussfeststellungsklage“ ist nicht statthaft.

Auf dieser Grundlage muss die Behauptung von Fluck verwundern, der meint, der Beschlussfeststellungsklage „eine Gestaltungswirkung zuzuschreiben, wäre […] unzutreffend“, denn trotz fehlender Verkündung des Beschlusses durch den Versammlungsleiter sei gleichwohl das „materiell-rechtlich tatsächlich getroffene Beschlussergebnis als gefasst anzusehen“.[249] Das Gegenteil ist der Fall. Umso irritierender ist es, wenn Fluck nur wenige Zeilen später dann dem Urteil „gestaltungsähnliche Wirkung“[250] beimisst. Materiell-rechtlich ist der Tatbestand des Beschlusses ohne Verkündung gerade nicht erfüllt. Deshalb hat die gestaltende Wirkung der rechtskräftigen Gerichtsentscheidung die Ersetzung eines Tatbestandsmerkmals zur Folge. Etwas, was vorher tatbestandlich nicht zustande gekommen war, ist mit Eintritt der Rechtskraft entstanden – der Beschluss.

[248] Vgl. oben in § 4 VI. 1. und 6.

[249] *Fluck*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, 2017, S. 169.

[250] *Fluck*, Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, 2017, S. 169.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Nun wird man einräumen müssen, dass die Feststellungsklage nicht nur für den Fall bemüht wird, in dem die Verkündung fehlt, sondern auch in den Fällen, in denen die Verkündung fehlerhaft vorgenommen wurde, etwa aufgrund eines Zählfehlers. Lässt sich daher die allgemeine Meinung, wonach die Feststellungsklage statthaft sei, zumindest für diese Fälle bestätigen? Wäre also ein Feststellungsantrag statthaft, mit dem festgestellt werden soll, dass entgegen der Verkündung in der Versammlung ein Beschlussantrag nicht abgelehnt, sondern ihm zugestimmt bzw. ein Beschlussantrag abgelehnt und ihm nicht zugestimmt wurde? In diesen Fällen ist das letzte Tatbestandsmerkmal der Beschlussprozedur erfüllt, denn das Abstimmungsergebnis wurde – wenn auch fehlerhaft – verkündet. Hier stellt sich nun die Frage, ob auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens des Beschlusses geklagt werden kann. Doch auch diese Antwort lässt sich aus § 256 Abs. 1 ZPO herleiten. Verkündet der Versammlungsleiter, dass ein positiver Beschluss *nicht* gefasst wurde, obwohl nach dem Abstimmungsergebnis der Beschluss positiv zu verkünden gewesen wäre, dann kann das Gericht nicht feststellen, dass das Rechtsverhältnis besteht. Der Kläger begehrt vielmehr, dass der Negativbeschluss aufgehoben und der Tatbestand des positiven Beschlusses durch das Gericht komplettiert wird. Dazu soll sich das Gericht gedanklich an die Stelle des Versammlungsleiters setzen und das Abstimmungsergebnis erneut auswerten. Liegen sodann die Voraussetzungen für einen positiven Beschluss vor, soll das Gericht die eigentlich schon vorhandene Verkündung ersetzen[251] und damit das Tatbestandsmerkmal der Verkündung fehlerfrei erfüllen. Damit kann es sich auch in diesem Fall nicht um eine Feststellungsklage handeln, da das Gericht nichts feststellt, sondern gestaltend in die Entstehung des Rechtsgeschäfts eingreift. Verkündet der Versammlungsleiter, dass ein positiver Beschluss gefasst wurde, obwohl nach dem Abstimmungsergebnis der Beschluss *nicht* hätte zustande kommen können, dann kann das Gericht nicht feststellen, dass ein Rechtsverhältnis nicht besteht, da es durch die Verkündung ja entstanden und damit das Rechtsgeschäft in der Welt ist. Auch hier kann die Feststellungsklage nicht statthaft sein. Der Kläger begehrt vielmehr, dass das fehlerhaft entstandene Rechtsgeschäft vom Gericht beseitigt wird.

Damit ist deutlich geworden, dass der geradezu stereotype Verweis auf die (positive Beschluss-)Feststellungsklage eine Mär ist. Diese Klageart ist weder statthaft, um fehlende Verkündungen zu kompensieren noch fehlerhafte Verkündungen zu korrigieren.

b) Plädoyer für die Gestaltungsklage bei fehlender Beschlussverkündung

Wenngleich die allgemeine Meinung noch nicht ausdrücklich bestritten wurde, sind doch ein paar Stimmen bekannt geworden, die die Sichtweise der allgemeinen Meinung hinterfragt haben. So schreiben Hügel/Elzer zwar zunächst, dass der Kläger im Falle einer fehlerhaften Verkündung mithilfe der Feststellungsklage das zutref-

[251] *M. Schwab*, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, S. 336.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fende Beschlussergebnis bewirken kann, beide Autoren wenden § 256 Abs. 1 ZPO aber nur „entsprechend" an und setzen das Wort „festgestellt" in Anführungszeichen. Sodann stützen sie sich in ihrer wohnungseigentumsrechtlichen Kommentierung zwar auf gesellschaftsrechtliche Entscheidungen des BGH und der Instanzenrechtsprechung, formulieren dann aber zu Recht, dass es sich „der Sache nach um keine Feststellungs-, sondern um eine Gestaltungsklage [handelt]"[252]. Der richtige Beschluss müsse – mangels (richtiger) Konstituierung in der Versammlung – *vom Gericht* konstituiert werden.[253] Dies sei möglich, wenn alle sonstigen Erfordernisse eines Beschlusses gegeben sind und nur die Verkündung des Beschlusses fehle.[254]

Im Schweizer Schrifttum haben Bühler/Von der Crone ähnlich herausgearbeitet, dass es sich bei der positiven Beschlussfeststellungsklage entgegen ihrer Bezeichnung „um eine Gestaltungsklage [handelt], da sie auf die ‚Änderung des Beschlussinhalts' und damit auf eine gerichtliche Neuordnung der gesellschaftlichen Rechtslage gerichtet"[255] sei. Sie verwenden zwar den Begriff der positiven Beschlussfeststellungsklage, grenzen diese Klageart jedoch von der „reinen Beschlussfeststellungsklage"[256] ab, „mit welcher die Feststellung der Rechtslage ohne deren Neugestaltung beantragt"[257] werde. Diese einfache Beschlussfeststellungsklage habe gerade keine Gestaltungswirkung. Für den Klageantrag empfehlen sie schließlich, das Rechtsbegehren nicht als Feststellungsklage, sondern als Gestaltungsklage zu formulieren.[258]

In der deutschen Rechtsprechung hat das OLG Köln einmal in einem Nebensatz erwähnt, dass die positive Beschlussfeststellungsklage anerkanntermaßen statthaft sei, „bei der es sich der Sache nach um eine Gestaltungsklage handele"[259]. Denn dem Kläger sei mit der bloßen Feststellung, dass ein Negativbeschluss nichtig sei, regelmäßig nicht geholfen.[260] Offenbar sieht der *Senat* also das Bedürfnis, bei fehlerhaften oder fehlenden Verkündungen gestaltend und nicht nur feststellend entscheiden zu müssen. In der jüngeren Rechtsprechung des BGH ist nun ebenfalls im Falle der gerichtlichen Beschlussersetzung von einem „Gestaltungsurteil" die Rede,

---

[252] *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 46 Rn. 34. Nicht ganz so deutlich, aber doch sehr ähnlich *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 3 b, der im gleichen Satz von einer „positive[n] Beschlußfeststellungsklage" und „Gestaltungsklage" spricht.

[253] Ganz ähnlich ist der Duktus bei *M. Schwab*, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, S. 336, wenn er davon spricht, dass vom Gericht ein Beschluss „zu ersetzen" sei.

[254] *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 46 Rn. 34.

[255] *Bühler/Von der Crone*, Positive Beschlussfeststellungsklage, ZORA 2014, 564, 570.

[256] *Bühler/Von der Crone*, Positive Beschlussfeststellungsklage, ZORA 2014, 564, 570.

[257] *Bühler/Von der Crone*, Positive Beschlussfeststellungsklage, ZORA 2014, 564, 570.

[258] *Bühler/Von der Crone*, Positive Beschlussfeststellungsklage, ZORA 2014, 564, 570.

[259] OLG Köln, Urt. v. 06.06.2012 – 18 U 240/11, AG 2012, 599. Hingegen in OLG Köln, Urt. v. 14.06.2018 – 18 U 36/17, NZG 2019, 145, Rn. 31 und 45 wieder als „positive Beschlussfeststellungsklage" bezeichnet.

[260] OLG Köln, Urt. v. 06.06.2012 – 18 U 240/11, AG 2012, 599.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

das eine „Gestaltungswirkung“ habe.[261] Schließlich sind aus der amtsgerichtlichen Rechtsprechung wiederholt Entscheidungen des AG Hamburg-Blankenese bekannt geworden, die teils schon im Leitsatz formulieren, dass die „Beschlussfeststellungsklage […] eine Gestaltungsklage“ sei.[262]

Damit ist festzuhalten, dass die in der Versammlung fehlende Verkündung des Beschlusses durch das Gericht nachgeholt werden kann. Es handelt sich um eine Gestaltungsklage und sodann um ein Gestaltungsurteil, dem eine Gestaltungswirkung[263] zukommt. Allerdings tritt die gestaltende Wirkung des Urteils erst ab Rechtskraft des Urteils ein.[264] Eine rückwirkende Beschlussfassung ist hingegen nicht möglich. Anders gewendet kommt der Gestaltungswirkung eine *ex nunc* Wirkung ab Eintritt der Rechtskraft zu, jedoch keine *ex tunc* Wirkung auf den Moment der Versammlung. Damit kann es sein, dass zwischen Versammlung und rechtskräftigem Gestaltungsurteil ein erheblicher Zeitversatz besteht. In dieser Zeit können einem oder mehreren Organwaltern Schäden entstehen. Selbst ein solcher Schaden ändert an der *ex nunc* Wirkung des Gestaltungsurteils nichts, zeigt aber, wie wichtig ein eigenes Kapitel in § 4 VII. 3. zu der Frage ist, ob Versammlungsleiter für Fehler bei der Beschlussprozedur persönlich haften.

c) Heilung der fehlenden Verkündung durch Eintragung in eine Beschluss-Sammlung

Neben der Frage, ob eine fehlende Verkündung des Beschlusses durch bestimmte Klagen und gerichtliche Entscheidungen ersetzt werden kann, ist im wohnungseigentumsrechtlichen Schrifttum von Häublein der Vorschlag vorgestellt worden, dass eine fehlende Verkündung auch durch die Eintragung des Beschlusses in die Beschluss-Sammlung geheilt werden könne.[265] Häublein stützt seine These auf die Funktion der Beschluss-Sammlung, wonach die Eintragung des Beschlusses der Information des Rechtsverkehrs diene und den Beschluss publik mache. Er vergleicht die Heilung einer fehlenden Verkündung mit dem Nichtigkeitsgrund nach § 241 Nr. 2 AktG, wonach Beschlüsse der Hauptversammlung nichtig sind, die nicht nach § 130 Abs. 1 und 2 Satz 1 und Abs. 4 AktG beurkundet wurden. Würden diese nichtigen Beschlüsse in das Handelsregister eingetragen, trete die Heilungswirkung ein (§ 242 Abs. 1 AktG). Dies sei gleichfalls bei einer Beschluss-Sammlung nach § 24 Abs. 7 WEG anzunehmen, die ebenfalls die fehlende Verkündung heilen könne.

---

[261] Deutlich nun BGH, Urt. v. 23.02.2018 – V ZR 101/16, Rn. 32, NJW 2018, 2550.

[262] AG Hamburg-Blankenese, Teilurt. v. 17.09.2008 – 539 C 27/08, juris; AG Hamburg-Blankenese, Urt. v. 08.04.2009 – 539 C 27/08, juris.

[263] Dies sagt auch *M. Schwab*, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, S. 340, wenngleich er ab S. 328 konstant von einer Beschlussfeststellungsklage spricht.

[264] Zutreffend AG Hamburg-Blankenese, Teilurt. v. 17.09.2008 – 539 C 27/08, juris.

[265] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 43. Dieser These könnte durch das WEMoG (RegE vom 23.03.2020) die Grundlage entzogen werden, wenn die Regelungen des § 24 Abs. 7 und 8 WEG durch § 25 Abs. 5 WEG-E ersetzt würden, der nur noch die Regelung enthält, dass Niederschriften über Beschlüsse in Textform aufzubewahren sind.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dieser Ansatz scheint sehr fragwürdig. Zunächst ist an das oben gehaltene Plädoyer anzuknüpfen,[266] die Verkündung als Tatbestandsmerkmal zu sehen. Der von Häublein angestellte Vergleich mit der Heilung von Formfehlern trägt daher nicht, da es nicht um die Heilung eines Wirksamkeitserfordernisses, sondern um die Komplettierung des Tatbestands geht.

Weiter ist zu sehen, dass eine *privat* geführte Beschluss-Sammlung (§ 24 Abs. 8 Satz 1 WEG[267]) nicht mit dem *gerichtlich* geführten Handelsregister (§ 8 Abs. 1 HGB) gleichgesetzt werden kann, weshalb im Zweifel einer privat geführten Sammlung nicht die gleiche Rechtswirkung wie einem gerichtlich geführten Register beigemessen werden kann.

Ferner erscheint die Eintragung eines nicht verkündeten Abstimmungsergebnisses in die Beschluss-Sammlung auch nicht geeignet, die fehlende Verkündung zu kompensieren. Der Eintrag in die Beschluss-Sammlung ist zwar unverzüglich zu erledigen, da § 24 Abs. 7 Satz 7 WEG jedoch keine starre Frist enthält, kann zumindest ein Zeitversatz nicht geleugnet werden[268] und ferner ein Eintrag außerhalb des Kollektivorgans. Reduziert man die Verkündung auf die Information für die Organwalter, mitunter auf die Publizität des Rechtsgeschäfts für den Rechtsverkehr, wird die Verkündung zu einer bloßen Wissenserklärung. Genau dies wurde oben jedoch als nicht hinreichend bewertet.[269] Dem Vorschlag von Häublein wird hier deshalb nicht gefolgt.

8. Fehlender oder nur faktischer Versammlungsleiter

Wird ein Kollektivorgan einberufen, fehlt ggf. zunächst ein Versammlungsleiter. Insbesondere in kleineren Kollektivorganen kann es ferner sein, dass kein Versammlungsleiter eingesetzt wird. Dies mag etwa bei einem aus drei Organwaltern bestehenden Vorstand der Fall sein oder aber bei einer aus einer Handvoll Eigentümern bestehenden Wohnungseigentümerversammlung. Eine Pflicht zum Einsatz eines Versammlungsleiters gibt es auch nicht bei jedem Kollektivorgan.[270] Aus laienhafter Sicht der Organwalter besteht womöglich nicht einmal ein Bedürfnis nach einem Versammlungsleiter, etwa weil die Beschlussgegenstände nicht kontrovers diskutiert werden und die Organwalter bei den Beschlussgegenständen regelmäßig sogar Einstimmigkeit erzielen. Die hier entstehende Frage liegt auf der

[266] § 4 VI. 6.

[267] Die Regelung soll durch das WEMoG (RegE vom 23.03.2020) entfallen. Siehe nun § 25 Abs. 5 WEG-E.

[268] *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 24 WEG Rn. 71.

[269] § 4 VI. 3.

[270] So etwa nicht für die GmbH *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 313; *Bergjan*, in: Saenger, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 48 Rn. 10; *Altmeppen*, ZIP 2017, 1185, 1188; *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 150; *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F 77.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hand: Entstehen auch in solchen Kollektivorganen Beschlüsse, wenn diese zwar einstimmig gefasst aber nicht verkündet werden? Würde man hier zu dem Ergebnis kommen, dass das Rechtsgeschäft noch nicht zustande gekommen ist, würde das bei den Organwaltern womöglich für Unverständnis sorgen. Fehlt (noch) ein Versammlungsleiter, scheinen gleich eine Reihe von Optionen denkbar zu sein:

Erstens ist denkbar, dass bei Organen mit wenigen Organwaltern das Abstimmungsergebnis durch die anwesenden Organwalter selbst festgestellt und verkündet wird.[271] Sind sich die anwesenden Organwalter einig, werden sie das Abstimmungsergebnis zügig feststellen und gemeinsam verkünden. Diese Verkündung ist sogar konkludent möglich.[272] Natürlich muss dann nach der Einigung über einen Beschlussantrag noch eine Einigung über das Abstimmungsergebnis erzielt werden, was manchem nicht recht einleuchten mag.[273] Unstimmig ist dies aber nicht, kann doch eine Stimmabgabe auslegungsbedürftig, ein Stimmverbot zu klären oder ein Sonderstimmrecht zu prüfen sein. Eine Einigung über das Abstimmungsergebnis und dessen Verkündung kann also ohne Weiteres zunächst Prüfungen und Diskussionen mit sich bringen. Gleichwohl können sich die Organwalter auch darüber einig werden.

Möglich ist aber auch, dass ein Teil der Organwalter feststellen will, dass der Beschluss zustande gekommen ist, ein anderer Teil, dass der Beschluss – etwa, weil streitige Stimmverbote anders bewertet werden – nicht zustande gekommen ist. Dies wirft die Frage auf, ob die Feststellung durch die Organwalter nur einstimmig möglich ist oder eine Mehrheitsentscheidung genügt. Da es sich hier um eine Verfahrensmaßnahme handelt und Verfahrensbeschlüsse – ist nichts anderes vereinbart – mit einfacher Mehrheit gefasst werden, genügt für einen solchen Fall ein Mehrheitsbeschluss.[274] In besonderen Konfliktsituationen ist freilich denkbar, dass sich die

[271] Allgemein *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 13. Für das Wohnungseigentumsrecht BGH, Beschl. v. 23.08.2001 – V ZB 10/01, BGHZ 148, 335, NJW 2001, 3339, 3341; *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 94. Für das GmbH-Recht *Altmeppen*, NJW 2016, 2833, 2836; *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 154. Ebenso und zu der Frage, was gilt, wenn sich die Organwalter dann über das Abstimmungsergebnis nicht einig sind, *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 48 Rn. 118; *Casper*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 47 Rn. 12.

[272] So etwa für das GmbH-Recht *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 48 Rn. 53; *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 154; *Altmeppen*, GmbHR 2018, 225, 228. Ausführlich zu der Frage, ob und wann konkludent gefasste Beschlüsse möglich sind in § 7.

[273] *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 161.

[274] Überzeugend *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 14. Nicht eindeutig, tendenziell durch die Wendung „einig sind" aber eher Richtung Einstimmigkeit BGH, Beschl. v. 23.08.2001 – V ZB 10/01, BGHZ 148, 335, NJW 2001, 3339, 3341; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 24 WEG Rn. 203. Grundsätzlich ablehnend *Noack*, GmbHR 2017, 792, 800 und *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 119, letztere mit dem Argument, die Mehrheit sei dann Richter in eigener Sache.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Organwalter auch über die Verkündung des Beschlusses durch Verfahrensbeschluss nicht einig werden.

Wer diese Variante ebenfalls im Grundsatz für möglich hält, wird vertiefter fragen müssen, ob diese Verfahrensbeschlüsse auch konkludent gefasst werden können. Das wiederum lässt sich nur beantworten, wenn geklärt ist, ob konkludent gefasste Beschlüsse überhaupt möglich sind (siehe dazu in § 7). Im Ergebnis spricht vieles dafür.

Zweitens ist denkbar, dass ein Organwalter oder ein Dritter zum Versammlungsleiter bestellt wird, der sodann die Aufgaben des Versammlungsleiters übernehmen darf, nämlich Stimmen entgegenzunehmen, auszuzählen und schließlich das Abstimmungsergebnis zu verkünden.[275] Für diese Variante wird wieder ein Verfahrensbeschluss genügen, der mit einfacher Mehrheit gefasst werden kann.[276] Auch dieser Verfahrensbeschluss muss verkündet werden, was – wie soeben beschrieben – durch die anwesenden Organwalter selbst geschehen kann.[277] Wird mit diesem Verfahrensbeschluss sodann ein Versammlungsleiter bestellt, hat dieser die Kompetenz, das Abstimmungsergebnis festzustellen und schließlich zu verkünden. Die aus dem GmbH-Recht von manchen Autoren vertretene Einschränkung, dass der Versammlungsleiter die Kompetenz nur habe, wenn ihm diese Rechtsmacht durch Satzung oder mit Zustimmung aller übertragen wurde, überzeugt weder für das GmbH-Recht noch für sonstige Kollektivorgane (siehe dazu sogleich in § 4 VII.).

Eine Verkomplizierung dieser Variante liegt dann vor, wenn sich ein Organwalter zum Versammlungsleiter aufschwingt, ohne dazu bestellt worden zu sein, und sodann die Beschlussprozedur leitet und insbesondere am Ende des Verfahrens das oder die Abstimmungsergebnisse verkünden will. Auch hier lässt sich eine abschließende Antwort erst geben, wenn untersucht ist, ob es die Figur des faktischen Versammlungsleiters überhaupt gibt.

Drittens besteht die Möglichkeit, gerichtliche Hilfe in Anspruch zu nehmen und den Beschluss mithilfe eines rechtskräftigen Gestaltungsurteils zur Entstehung zu bringen. Wie oben gezeigt, handelt es sich hierbei nicht um eine positive Beschlussfeststellungsklage, sondern um eine Gestaltungsklage (§ 4 VI. 7. b)).

---

[275] Für das GmbH-Recht etwa *Hoffmann/Köster*, GmbHR 2003, 1327, 1328; *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 312; *Lange*, NJW 2015, 3190, 3192; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 48 Rn. 16.

[276] Für die GmbH *Wiester*, GmbHR 2008, 189; *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 312; *Lange*, NJW 2015, 3190, 3192; *Bergjan*, in: Saenger, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 48 Rn. 10; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 48 Rn. 16.

[277] Nachweise hierzu in Fn. 271.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

9. Gelebte, aber tatbestandlich nicht verwirklichte Beschlüsse – Braucht es eine Lehre vom faktischen Beschluss?

Besonders komplex, aber keinesfalls praxisfern sind Konstellationen, in denen im Kollektivorgan die Beschlussprozedur stecken geblieben ist. So ist denkbar, dass die Organwalter zwar noch abgestimmt haben und ggf. der Versammlungsleiter das Abstimmungsergebnis noch festgestellt hat, dieses dann aber nicht – auch nicht konkludent[278] – verkündet wurde. Wird der Scheinbeschluss in der Folge von den Organwaltern oder einem Exekutivorgan gelebt, also faktisch als Beschluss behandelt, stellt sich die Frage, ob ein Beschluss vorliegt, das Rechtsgeschäft also wirksam entstanden ist, und ob dieser Scheinbeschluss angegriffen werden könnte. Je länger die Organwalter oder ein Exekutivorgan den Scheinbeschluss leben, desto drängender wird zudem die Frage, ob Rechtspositionen verwirkt sein können.

Ein solch faktischer Beschluss ist von der Rechtsfigur des faktischen Vertrags abzugrenzen.[279] Darunter wird der Vertragsschluss ohne das Vorliegen von Willenserklärungen, allein durch sozialtypisches Verhalten bzw. durch die tatsächliche Inanspruchnahme der Leistung verstanden.[280] Sie wurde ursprünglich für Fälle entwickelt, in denen öffentlich angebotene Leistungen wie Straßenbahnen und Parkplätze in Anspruch genommen wurden.[281] Mehrheitlich hat sich die Lehre vom faktischen Vertrag – trotz der kurzzeitigen Gefolgschaft durch den BGH[282] – jedoch nicht durchgesetzt,[283] da das Gesetz für den wirksamen Vertragsschluss ausweislich der §§ 145 ff. BGB übereinstimmende Willenserklärungen voraussetzt. Darüber hinaus ist die Anwendung dieser Rechtsfigur nicht notwendig. Das sozialtypische Verhalten kann regelmäßig als konkludente Willenserklärung ausgelegt werden, sodass auf Grundlage der §§ 145 ff. BGB ein Vertrag zustande kommen kann.[284]

---

[278] Hierzu § 4 VI. 7. und § 7.

[279] Die Rechtsfigur des faktischen Vertrags ist wiederum von der Lehre vom fehlerhaften Vertrag abzugrenzen. Die Lehre vom fehlerhaften Vertrag versucht die Fälle zu lösen, in denen der Vertragsschluss fehlerhaft ist, das Schuldverhältnis – etwa ein Arbeits- oder Gesellschaftsvertrag – aber gleichwohl gelebt wird und daher eine Rückabwicklung für die Vergangenheit erhebliche Schwierigkeiten aufweist. Im Wesentlichen geht es um die Frage, ob die Rechtsfolgen aufgrund des fehlerhaften Vertrags auf eine ex nunc-Unwirksamkeit beschränkt werden können. Siehe hierzu grundlegend für das Verbandsrecht *Schäfer*, Die Lehre vom fehlerhaften Verband, 2002, passim und konzentrierter *ders.*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 323 ff. Zum fehlerhaften Arbeitsvertrag siehe etwa *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2019, § 611a Rn. 145 ff.

[280] *Leipold*, BGB I, 10. Aufl. 2019, § 10 Rn. 28 (dort als Lehre vom sozialtypischen Verhalten bezeichnet); *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 8 Rn. 40.

[281] *Leipold*, BGB I, 10. Aufl. 2019, § 10 Rn. 28.

[282] BGH, Urt. v. 14.07.1956 – V ZR 223/54, NJW 1956, 1475, 1476 „Gebührenpflichtige Parkplatzbenützung“ (basierend insbesondere auf *Haupt*, in: FS Siber, 1943, Bd. II, S. 1 ff.).

[283] *Leipold*, BGB I, 10. Aufl. 2019, § 10 Rn. 28; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 8 Rn. 41.

[284] *Schmidt*, BGB – Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 2019, Rn. 485. Aus Sicht des Empfängers (Lehre vom objektiven Empfängerhorizont) ist die Handlung als Willenserklärung auf Ab-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zudem würden durch die Rechtsfigur des faktischen Vertrages in diesen Situationen Schutzmechanismen des BGB wie der Minderjährigenschutz ausgehebelt werden, könnte doch dann beispielsweise der Minderjährige faktisch einen Vertrag schließen, ohne dass die Vorschriften der §§ 107 ff. BGB zur Anwendung kämen.[285]

Die Lehre vom faktischen Vertrag ähnelt der Vorstellung von einem faktischen Beschluss insoweit, als dass auf den gewöhnlichen Mechanismus zur Begründung des Rechtsgeschäfts verzichtet wird und stattdessen aus einem sozialtypischen Verhalten abgeleitet wird, was tatbestandlich eigentlich fehlt. So würde aus dem sozialtypischen Verhalten, einen nicht entstandenen Beschluss gleichwohl zu leben, abgeleitet, dass dieser Beschluss tatbestandlich zustande gekommen ist, obwohl ein Merkmal des Tatbestands – die Verkündung – fehlt. Freilich muss auch ein Unterschied zwischen der Lehre vom faktischen Vertrag und dem nicht verkündeten Beschluss betont werden, weist letzterer im Tatbestand zumindest den Beschlussantrag, die Stimmabgaben und ggf. sogar die Feststellung des Abstimmungsergebnisses auf.

Hier wie dort sind diese Rechtsfiguren abzulehnen. Genauso wenig wie es einen faktischen Vertrag gibt, gibt es einen faktischen Beschluss. Aus den in § 4 VI. 6. genannten Gründen ist die Verkündung in der Beschlussprozedur ein Tatbestandsmerkmal. Beschlüsse, die die Beschlussprozedur nicht vollständig und erfolgreich durchlaufen haben, sind nicht zustande gekommen und bestehen als Rechtsgeschäft damit nicht. Daran ändert auch nichts, dass dieser Scheinbeschluss (irrtümlich) gelebt wird.

Prozessrechtlich wird man die allgemeine Feststellungsklage auf Feststellung, dass in einer bestimmten Versammlung ein bestimmter Beschluss *nicht* gefasst wurde, für statthaft erachten müssen. Denn die allgemeine Feststellungsklage ist gerade auch dann statthaft, wenn das Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses festgestellt werden soll (§ 256 Abs. 1 ZPO).[286] Einer Gestaltungsklage in der Form der Anfechtungsklage,[287] auch wenn diese für das jeweilige Organ im Grundsatz statthaft sein kann, bedarf es nicht, da der Nichtbeschluss nicht für nichtig erklärt zu werden braucht, also nicht aus der Welt gebracht werden muss. Vielmehr ist nur festzustellen, dass etwas, was als Rechtsgeschäft scheint, tatsächlich keines ist. Es liegt daher auch kein Beschlussmangel im engeren Sinne vor, also etwa beim Inhalt. Das hierfür notwendige Feststellungsinteresse i. S. v. § 256 ZPO liegt schon deshalb vor, da ein Nichtbeschluss als Beschluss gelebt wird. Zum Schutz der Rechtssi-

schluss eines Vertrages gerichtet. Der womöglich entgegenstehende Wille ist unbeachtlich, denn es ist treuwidrig i. S. v. § 242 BGB, die vertraglich angebotene Leistung in Anspruch zu nehmen, den Vertrag aber gleichzeitig abzulehnen. So auch die überzeugende Argumentation bei *Leipold*, BGB I, 10. Aufl. 2019, § 10 Rn. 28a.

[285] *Schmidt*, BGB – Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 2019, Rn. 484.

[286] *Grunsky/Jacoby*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2018, Rn. 283.

[287] Etwa nach den §§ 243 ff. AktG *Grunsky/Jacoby*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2018, Rn. 290.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

cherheit darf dieser Nichtbeschluss nicht länger den Anschein eines Rechtsgeschäfts haben.

10. Kombination der Verkündung mit aufschiebenden oder auflösenden Bedingungen

Einen Sonderfall stellt der in der Praxis anzutreffende Versuch dar, die Verkündung des Beschlusses unter eine aufschiebende oder auflösende Bedingung zu stellen. Das Recht der Bedingungen nach § 158 BGB wird im weiteren Verlauf der Untersuchung an zwei Stellen eine erhebliche Rolle spielen, wenn nämlich bei der Untersuchung der schwebend unwirksamen Beschlüsse am Ende eine neue Konstruktion vorgestellt werden soll, die gerade auf einer solchen Bedingung nach § 158 BGB aufbaut (§ 10 II. 5.). Darüber hinaus wird bei der Untersuchung der Beschlüsse zugunsten oder zulasten Dritter eine Konstruktion entwickelt, die ebenfalls auf das Recht der Bedingungen Bezug nimmt (§ 12 III. 3.). Im Beschlusswesen kann das Recht der Bedingungen daher eine wichtige Rolle spielen.

Der BGH hatte in jüngerer Zeit zu beurteilen, ob die Verkündung durch den Versammlungsleiter dergestalt möglich war, dass ein Beschlussantrag eigentlich als abgelehnt verkündet wurde, die Verwaltung jedoch den Beschlussantrag als angenommen werte, wenn innerhalb einer bestimmten Frist kein Wohnungseigentümer widerspreche.[288] Während das Berufungsgericht eine solche bedingte Verkündung noch für möglich gehalten hatte,[289] lehnt der BGH eine solche Konstruktion ab.[290]

Letzteres ist richtig. Es sind allerdings zwei Ebenen zu trennen, was für die angekündigten Lösungsvorschläge in den Kapiteln § 10 und § 12 von großer Bedeutung ist. Die Verkündung als *Tatbestandsmerkmal* der Beschlussprozedur kann in der Tat nicht unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung i. S. v. § 158 BGB vorgenommen werden. Die Verkündung schließt die Beschlussprozedur unbedingt ab. Mit der Verkündung ist der Beschluss als Rechtsgeschäft zustande gekommen. Der Beschluss als *Rechtsgeschäft* hingegen kann sehr wohl unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung vorgenommen werden,[291] was direkt aus dem

[288] BGH, Urt. v. 06.07.2018 – V ZR 221/17, BeckRS 2018, 26256, Tz. 3.

[289] LG Hamburg, Urt. v. 12.07.2017 – 318 S 31/16, ZMR 2017, 828, Tz. 43.

[290] BGH, Urt. v. 06.07.2018 – V ZR 221/17, BeckRS 2018, 26256, Tz. 16.

[291] Ebenso für das Vereins- und Gesellschaftsrecht BGH, Urt. v. 24.10.2005 – II ZR 55/04, NJW-RR 2006, 182; OLG Jena, Beschl. v. 09.01.2006 – 6 U 569/05, GmbHR 2006, 985, 986; in der Vorauflage *Zöllner*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 17. Aufl. 2000, § 38 Rn. 38b (in späteren Auflagen von *Zöllner/Noack* bei § 38 GmbHG nicht mehr thematisiert); *Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 6 Rn. 40; *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 18; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 6 Rn. 41b; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 47 Rn. 1; *Tebben*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 6 Rn. 42; *Teichmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 47 Rn. 5; *Reymann*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 158 BGB Rn. 18 und ausführlich in Rn. 128.3. Für das Wohnungseigentumsrecht

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wortlaut von § 158 BGB folgt. Die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung tritt dann mit dem Eintritt der Bedingung ein.[292] Da der Beschluss ein Rechtsgeschäft ist (nicht aber die Verkündung) und ein Rechtsgeschäft im Regelfall[293] unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung vorgenommen werden kann, ist *diese* Konstruktion möglich und dogmatische Grundlage für die oben angekündigten Lösungsvorschläge. Hier zeigt sich erneut, dass zwischen Tatbestand und Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts und dessen Rechtswirkungen zu trennen ist.[294] Die aufschiebende Bedingung nach § 158 Abs. 1 BGB setzt bei letzterem an.

11. Verkündung auch von Verfahrensbeschlüssen

Nach der überwiegenden und auch hier vertretenen Sichtweise stellen Verfahrensbeschlüsse (häufig Geschäftsordnungsbeschlüsse genannt) ebenfalls Beschlüsse im Sinne der Rechtsgeschäftslehre dar. Bei Verfahrensbeschlüssen wurde allerdings die Frage aufgeworfen, ob auch diese verkündet werden müssen, um wirksam zu sein. Teils wurde diese Frage sodann verneint.[295] Andere halten an der Verkündung auch für Verfahrensbeschlüsse fest, lassen es aber genügen, wenn kein vernünftiger Zweifel daran besteht, dass ein Beschluss gefasst worden ist.[296]

Es ist nicht ersichtlich, warum für Verfahrensbeschlüsse von der hier entwickelten Beschlussprozedur abgewichen werden sollte. Wer Verfahrensbeschlüsse als Rechtsgeschäfte im Sinne der Rechtsgeschäftslehre ansieht, muss auch für diese Beschlüsse die tatbestandlichen Voraussetzungen verlangen, die für alle anderen Beschlüsse auch gelten, mithin Beschlussantrag und Stimmabgaben für den „Abschluss“ und Feststellung des Abstimmungsergebnisses und Beschlussverkündung für das „Zustandekommen“. Es erscheint inkonsequent, für bestimmte Beschlüsse eine reduzierte Beschlussprozedur anzunehmen. Daher wird der erstgenannten Auffassung nicht gefolgt. Der dogmatisch überzeugendere Weg ist der in § 4 VI. 7.

T. Spielbauer, in: Spielbauer/Then, WEG, 3. Aufl. 2017, § 23 Rn. 19; *Jennißen*, in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 26 Rn. 60; *J.-H. Schmidt*, AnwZert MietR 16/2018, Anm. 2. In allgemeiner Form („alle Rechtsgeschäfte“) ferner *Wolf*, in: Soergel, BGB, 1999, vor § 158 Rn. 32; *Leipold,* BGB I, 10. Aufl. 2019, § 29 Rn. 12. Zu Gegenstimmen und zur hier entwickelten Begründung, warum diese Bedenken nicht überzeugen, siehe ausführlicher in § 12 III. 3.

[292] *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 69 geht hingegen davon aus, dass der „aufschiebend bedingt gefasste[e] Beschluss […] bis zum Eintritt der Bedingung schwebend unwirksam [ist]“. Dem liegt zum einen ein unrichtiges Verständnis von § 158 Abs. 1 BGB zugrunde, zum anderen wird sich in § 10 zeigen, dass es schwebend unwirksame Beschlüsse nicht gibt.

[293] Wichtige Ausnahme ist etwa die bedingungsfeindliche Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB).

[294] Grundlegend *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 387 und daher die in § 4 I. an ihn angelehnte Unterscheidung.

[295] *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 24 Rn. 69.

[296] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 24 WEG Rn. 205: „Diesen Zweifel kann der Vorsitzende durch Feststellung und Verkündung beseitigen, was nicht ausdrücklich erfolgen muss“.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dargestellte, wonach eine Verkündung in bestimmten Konstellationen auch konkludent vorgenommen werden kann, aber das Tatbestandsmerkmal der Verkündung bei jedem Beschluss erforderlich ist, um die Beschlussprozedur abzuschließen.

VII. Die besondere Rolle des Versammlungsleiters

Billigt man dem Versammlungsleiter die Kompetenz zu, das Abstimmungsergebnis festzustellen und sodann zu verkünden, müssen die Organwalter – zumindest vorübergehend – das Rechtsgeschäft so hinnehmen, wie es zustande gekommen ist. Solange die Beschlussprozedur fehlerfrei durchlaufen und der Beschlussantrag von den Organwaltern entweder übereinstimmend angenommen wurde oder von den überstimmten Organwaltern hingenommen wird, wird die weitreichende Kompetenz des Versammlungsleiters kaum zu Konflikten führen.

Ganz anders sieht es aber aus, wenn dem Versammlungsleiter bei der Auszählung ein Fehler unterläuft, er sich etwa verzählt, eine Stimme übersieht, eine Stimmabgabe missversteht, ein besonderes Mehrheitserfordernis verkennt, eine Stimme mitzählt, die aufgrund eines Stimmverbots ausgeschlossen war, oder über ein solches Stimmverbot Streit besteht.[297]

Das Problem erhält ungemein mehr Schärfe, wenn das Beschlussmängelrecht danach differenziert, ob Beschlüsse nicht nur wirksam oder unwirksam sein können, sondern auch anfechtbar. Typischerweise sieht der Gesetzgeber für diejenigen Beschlüsse, die anfechtbar sein können, prozessual den Angriff mit der Anfechtungsklage vor.[298] Diese wiederum ist regelmäßig an eine Anfechtungsfrist gebunden (§ 246 Abs. 1 AktG für die Aktiengesellschaft und analog für die GmbH,[299] § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG[300] für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer). Nach Ablauf der Anfechtungsfrist wird gemeinhin angenommen, dass der Beschluss Bestandskraft erlangt hat und damit gerichtlich nicht mehr angegriffen werden kann.[301] Das

[297] Beispiele aus dem Aktienrecht nach *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 111.

[298] Bei anderen Organen wie etwa dem Gläubigerausschuss wird ein Anfechtungsrecht analog dem Aktienrecht gefordert (*Hirte*, in: Braun, InsO, 7. Aufl. 2017, § 72 Rn. 13 ff.). Das wurde vom Gesetzgeber jedoch bislang noch nicht aufgegriffen. Ob Beschlüsse des Gläubigerausschusses *de lege lata* aufgehoben werden können – etwa durch das Insolvenzgericht oder die Gläubigerversammlung – ist sehr umstritten und nicht geklärt (Überblick etwa bei *Jungmann*, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 72 Rn. 19). Siehe später noch in § 16 IV.

[299] BGH, Beschl. v. 13. 7. 2009 – II ZR 272/08, DStR 2009, 2113; *Ehmann*, in: Grigoleit, AktG, 2013, § 246 Rn. 10.

[300] Die Regelung soll § 45 Abs. 1 WEG-E in der Fassung des WEMoG entsprechen (RegE vom 23.03.2020).

[301] Für die WEG *Engelhardt,* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 46 WEG Rn. 33; *Roth,* in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 46 Rn. 71; *Elzer*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 46 Rn. 152. Für die AG *Ehmann,* in: Grigoleit, AktG, 2013, § 246 Rn. 6; *Dörr,* in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 246 Rn. 12; *Englisch,* in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 246

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Versäumen der Anfechtungsfrist wird hier als materiell-rechtliche Präklusion verstanden.[302] Viele nehmen zudem an, dass die Bestandskraft eine heilende Wirkung für formelle und materielle Fehler habe.[303]

Die besondere Macht des Versammlungsleiters liegt bei Lichte betrachtet nicht nur auf materieller Ebene, indem *er* durch die Verkündung des Beschlusses das Rechtsgeschäft zur Entstehung bringt, sondern wird auch durch die Verknüpfung mit dem Beschlussmängelrecht deutlich, wonach Fehler bei der Beschlussprozedur und insbesondere bei der Verkündung genauso wie inhaltliche Fehler, die allesamt nur zur Anfechtbarkeit führen, mit Ablauf der Anfechtungsfrist unbeachtlich werden. Besonders kontrovers wird diskutiert, ob der Versammlungsleiter Beschlüsse auch dann zu verkünden hat, wenn er etwaige Fehler bei der Beschlussprozedur oder beim Inhalt erkannt hat. Daher muss es zum einen gelingen, die Figur des Versammlungsleiters innerhalb der Gemeinschaft bzw. dem Verband zu verorten und zum anderen zu klären, woraus der Versammlungsleiter seine Rechtsmacht ableitet, die Beschlussprozedur zu leiten und abzuschließen (dazu unter 1.). Mit dieser Erkenntnis ist die Rolle des Versammlungsleiters bei Beschlussprozeduren zu beleuchten, die erkannt oder unerkannt zu rechtswidrigen Beschlüssen führen (2.). Eine große Rechtsmacht führt zwangsläufig zu der abschließenden Frage, ob der Versammlungsleiter für Pflichtverletzungen persönlich haften muss (3.).

1. Die Verortung der Figur des Versammlungsleiters innerhalb der Gemeinschaft bzw. des Verbands und seine Rechtsmacht in der Beschlussprozedur

Der Versammlungsleiter stellt im Rahmen der Beschlussprozedur eine Schlüsselfigur dar.[304] Wie der Versammlungsleiter innerhalb der Gemeinschaft bzw. des

---

Rn. 20. Für die GmbH *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, Anh. § 47 Rn. 471; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, Anh. § 47 Rn. 99; bis zur Vorauflage auch *Roth,* in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 47 Rn. 150; *Wertenbruch*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, Anh. § 47 Rn. 4 und 153; *Hillmann*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, Anh. § 47 GmbHG Rn. 5.

[302] *Ehmann,* in: Grigoleit, AktG, 2013, § 246 Rn. 6; *Engelhardt,* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 46 WEG Rn. 33; *Englisch,* in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 246 Rn. 20.

[303] Für die WEG LG München I, Beschl. v. 03.12.2007 – 1 T 14033/06, BeckRS 2009, 01661; *Merle,* in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 217. Für die AG *Austmann,* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 4, 4. Aufl. 2015, § 42 Rn. 80; *Koch,* in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 244 Rn. 5 f. (durch bestandskräftigen Bestätigungsbeschluss). Im Übrigen können Fehler, die zur Nichtigkeit führen, in bestimmten Fällen geheilt werden (siehe hierzu § 242 AktG und für die GmbH *Wertenbruch,* in: MüKoGmbHG, 2. Aufl. 2016, Anh. § 47 Rn. 4).

[304] So für die aktienrechtliche Hauptversammlung zu Recht *von der Linden*, NZG 2013, 208. Nicht jedes Kollektivorgan braucht zwingend einen Versammlungsleiter; vgl. so zur GmbH *Kleemann*, Der Leiter der GmbH-Gesellschafterversammlung, 2012, S. 26. Ab welcher Größe oder Konstellation faktisch ohne Versammlungsleiter keine Beschlüsse gefasst werden

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verbands zu verorten ist, ist allerdings nicht geklärt. Denkbar ist zum einen, dass der Versammlungsleiter auf Ebene der Gemeinschaft bzw. des Verbands verortet wird und damit die Stimmabgaben als Empfangsvertreter oder Organ der Gemeinschaft bzw. des Verbands entgegennimmt. Zum anderen ist denkbar, den Versammlungsleiter ausschließlich innerhalb des jeweiligen Kollektivorgans zu verorten.

Versteht man die Kompetenz des Versammlungsleiters derart weit, dass dieser das Rechtsgeschäft durch die Verkündung des Beschlusses entstehen lassen kann, also über das Abstimmungsergebnis vorläufig verbindlich entscheidet[305], besteht eine kaum von der Hand zu weisende Diskrepanz zwischen der zugebilligten Rechtsmacht[306] und seiner gesetzlichen Rechtfertigung. Sucht man beispielsweise im GmbH-Gesellschaftsrecht nach einer gesetzlichen Stütze für die Kompetenzen des Versammlungsleiters, fällt auf, dass die Figur des Versammlungsleiters im GmbH-Recht überhaupt nicht erwähnt ist.[307] Selbst im deutlich umfangreicher kodifizierten Aktienrecht finden sich nur drei Vorschriften, die die Figur des Versammlungsleiters überhaupt erwähnen (§§ 118 Abs. 4, 130 Abs. 2 Satz 1 und 3 und 131 Abs. 2 Satz 2 AktG), ohne allerdings die Rechtsfigur zu definieren oder grundlegend dessen Rolle bei der Beschlussprozedur zu regeln. Der Rückschluss einiger Autoren, die Figur des Versammlungsleiters sei vom Gesetzgeber vorausgesetzt,[308] ist daher nachvollziehbar.

Ähnlich schlank ist der Versammlungsleiter im Betriebsverfassungsgesetz geregelt. Dort kommt diese Funktion dem Vorsitzenden des Betriebsrats zu (§ 29 Abs. 2 BetrVG), den der Betriebsrat aus seiner Mitte gewählt hat (§ 26 Abs. 1 BetrVG).

Nüchterner fällt der Befund im Vereinsrecht aus, das zwar für die Beschlussfassung des Vorstands eine eigene Vorschrift vorsieht (§ 28 BGB), allerdings weder dort noch bei den Regelungen zur Mitgliederversammlung die Figur des Versammlungsleiters erwähnt. Etwas deutlicher scheint die Figur des Versammlungsleiters im Wohnungseigentumsrecht angelegt zu sein, wird doch dort dem Verwalter nach § 24 Abs. 5 WEG ausdrücklich der Vorsitz in der Wohnungseigentümerversammlung zugesprochen. Jenseits der knappen Erwähnung der Verkündung von Beschlüssen in § 24 Abs. 7 Satz 2 Nr. 1 WEG sucht man aber auch hier vergeblich Konkretisierungen, die die Beschlussprozedur betreffen.

---

können, ist eine davon zu trennende Frage. Siehe zur Feststellung des Abstimmungsergebnisses und Verkündung des Beschlusses, wenn ein Versammlungsleiter fehlt, § 4 VI. 8.

[305] Für das Aktienrecht folgt das schon aus § 130 Abs. 2 AktG. Für das GmbH-Recht BGH, Urt. v. 21.03.1988 – II ZR 308/87, NJW 1988, 1844; *Hoffmann/Köster*, GmbHR 2003, 1327, 1328; *Hüffer/Schürnbrand*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbH, 2. Aufl. 2014, § 48 Rn. 32; *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 48 Rn. 53; *Bergjan*, in: Saenger, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 48 Rn. 10; *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 139; *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F 76.

[306] *Altmeppen*, ZIP 2017, 1185, 1187: „gewaltige Machtfülle".

[307] *Lange*, NJW 2015, 3190.

[308] *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 151; *von der Linden,* NZG 2013, 208, 209.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Auf der anderen Seite sind kaum Stimmen bekannt geworden, die sich für die jeweiligen Kollektivorgane *grundsätzlich* kritisch zur Figur des Versammlungsleiters geäußert haben.[309]

Mangels gesetzgeberischer Vorgaben ist deshalb zunächst in den einzelnen Rechtsgebieten nach Ausführungen zur Rolle des Versammlungsleiters zu suchen, um dann verallgemeinerungsfähige Leitlinien für die Rechtsgeschäftslehre zu entwickeln.

a) Der Befund im Aktienrecht

Am ergiebigsten erweisen sich die Untersuchungen zum Versammlungsleiter im Aktienrecht.[310] Teils wird die Figur des Versammlungsleiters aus dem allgemeinen verbandsrechtlichen Gewohnheitsrecht abgeleitet.[311] Der Versammlungsleiter vertrete die Hauptversammlung, wobei sich der Umfang seiner Vertretungsmacht aus seiner Funktion ergebe.[312] Teils wird der Versammlungsleiter als nicht-ständiges Organ gesehen,[313] häufig wird die Organqualität des Versammlungsleiters jedoch abgelehnt.[314]

Es handele sich nicht um eine Kompetenz, die von der Hauptversammlung abgeleitet werde, sondern die der Versammlungsleiter aus eigenem Recht wahrnehme.[315] Die Aufgabe könne einem Dritten übertragen werden, der nicht selbst Ak-

[309] Etwa bei *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 149 findet sich für den Versammlungsleiter im GmbH-Recht die Bemerkung, dass dieser als Person nicht in gleicher Weise wie ein Gericht neutral sei, da er unter Umständen selbst von der Beschlussfassung betroffen, einem Gesellschafter familiär oder als Berater oder Geschäftsführer nahestehe bzw. von diesem gegebenenfalls sogar abhängig sei. *Trölitzsch* hebt darüber hinaus hervor, dass der Versammlungsleiter in der Versammlung unter einem viel höheren Zeitdruck und in einer unter Umständen aufgeheizten Atmosphäre entscheide, während ein Gericht viel mehr Zeit habe, die einzelnen streitigen Fragen zu prüfen und damit mehr Ruhe habe, zu entscheiden. Anzumerken bleibt, dass die Rolle des Versammlungsleiters über Jahrzehnte wenig untersucht wurde und sich der Befund im Schrifttum insgesamt noch als überschaubar erweist. Monographische Untersuchungen zum Versammlungsleiter wie von *Kleemann*, Der Leiter der GmbH-Gesellschafterversammlung, 2012, sind die Ausnahme geblieben.

[310] Jenseits des aktuellen Schrifttums finden sich aber schon umfangreiche Ausführungen zum Versammlungsleiter bei *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 314.

[311] *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 121.

[312] *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 123.

[313] *Stützle/Walgenbach*, ZHR 155 (1991), 519, 521; *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 61 und 146 (aber nur für den Aufsichtsratsvorsitzenden); *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 163.

[314] *Bachmann*, AG 1999, 210, 211, Fn. 24; *von der Linden*, NZG 2013, 208, 210; *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 121.

[315] BGH, Urt. v. 11.11.1965 – II ZR 122/63, NJW 1966, 43, 44 f.; *v. Falkenhausen*, BB 1966, 337, 343; *Stützle/Walgenbach*, ZHR 155 (1991), 516, 520; *Dietrich*, NZG 1998, 921, 923; *Schaaf*, ZIP 1999, 1339, 1340; *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 124; *Koch,* in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 129 1c.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tionär der Gesellschaft sei.[316] Die Aufgabe des Versammlungsleiters sei sodann höchstpersönlicher Natur, weshalb der Versammlungsleiter sie nicht grundsätzlich delegieren und sich allenfalls Hilfe durch den Einsatz von Hilfskräften holen könne.[317]

Die Rechtsmacht des Versammlungsleiters gehe zwangsläufig damit einher, dass Rechte der Organwalter eingeschränkt würden – zu denken ist etwa an das Rederecht der Organwalter. Übe der Versammlungsleiter diese Funktion aus, unterliege er einem Neutralitätsgebot im Verhältnis zwischen den Organwaltern untereinander und den Organwaltern zum Verband. Er dürfe daher keinen Einfluss auf den Inhalt der Abstimmung nehmen.[318] Eng damit verknüpft sei das Gleichbehandlungsgebot, wonach der Versammlungsleiter die Organwalter gleich behandeln müsse.[319] Wo immer der Versammlungsleiter Rechte der Organwalter einschränke, habe er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren.[320]

Alle Rechte und Pflichten des Versammlungsleiters, die ihm kraft seiner Funktion originär zustehen, seien satzungsfest. Es handele sich um ungeschriebene gesetzliche Kompetenzen, für die der Grundsatz der Satzungsstrenge nach § 23 Abs. 5 AktG gelte. Da die originären Befugnisse des Versammlungsleiters kraft Gesetzes nicht eingeschränkt werden könnten, könne auch die Satzung die inhaltliche Reichweite der Befugnisse nicht begrenzen und insbesondere nicht zugunsten anderer Organe verändern.[321] Demzufolge könnten die originären Befugnisse des Versammlungsleiters auch nicht durch die Geschäftsordnung des Kollektivorgans eingeschränkt werden.[322] Wenn schon durch Satzung keine Einschränkung möglich sei, gelte dies erst recht für Einschränkungen mittels Geschäftsordnung.

b) Der Befund im GmbH-Recht

In vielen Teilen vergleichbar fällt der Befund im GmbH-Gesellschaftsrecht aus. Vom Duktus ähnlich wird zunächst der Versammlungsleiter als Institution[323] oder Amt[324] bezeichnet, der diese Funktion[325] aufgrund einer Satzungsregelung oder

---

[316] *von der Linden*, NZG 2013, 208, 209.

[317] *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 127.

[318] *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 138; *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 122.

[319] *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 122.

[320] *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 122.

[321] *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 125; *Schaaf*, ZIP 1997, 1324, 1325; *Hennerkes/Kögel*, DB 1999, 81, 82; *Wicke*, in: Spindler/Stilz, 3. Aufl. 2015, § 119 Anh. Rn 5; hierzu ausführlich *Stützle/Walgenbach*, ZHR 155 (1991), 516, 521.

[322] *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 126.

[323] *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 48 Rn. 95; *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F 78.

[324] *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 Rn. 14.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

aufgrund eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung ausübe.[326] Teils wird der Versammlungsleiter auch als Organ bzw. organähnlich gesehen,[327] eher selten als Hilfsperson[328] des Organs „Gesellschafterversammlung".

Lebhaft umstritten ist dabei die Frage, ob der (Verfahrens-)Beschluss, mit dem eine Person zum Versammlungsleiter bestellt wird, einer einfachen Mehrheit oder der Einstimmigkeit aller abgegebenen Stimmen bedarf.[329]

Das zwischen dem Versammlungsleiter und der GmbH bestehende Rechtsverhältnis wird als Schuldverhältnis im Sinne von § 241 BGB gesehen und soll taugliche Grundlage für etwaige Schadensersatzansprüche aus § 280 BGB sein.[330]

Aktienrecht und GmbH-Recht decken sich bei der Frage, ob neben Organwaltern auch Dritte die Funktion des Versammlungsleiters ausüben können – dies wird auch im GmbH-Recht bejaht.[331]

Inhaltlich wird die Funktion wie im Aktienrecht ausgestaltet. Der Versammlungsleiter unterliege demnach den Grundsätzen der Neutralität, Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit.[332] Die dogmatische Grundlage wird im GmbH-Recht jedoch anders verstanden. So solle der Versammlungsleiter der Gesellschafterversammlung seine Aufgaben aus der Gesellschafterversammlung ableiten und diese nur vorläufig wahrnehmen.[333] Die Gesellschafterversammlung könne jederzeit etwas anderes beschließen.

---

[325] *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 139 („Funktionsgehilfe"); *Kleemann*, Der Leiter der GmbH-Gesellschafterversammlung, 2012, S. 27.

[326] *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 48 Rn. 95. Ob zwischen GmbH und Versammlungsleiter ein Schuldverhältnis i. S. v. § 280 Abs. 1 BGB besteht, wird in § 4 VII. 4. diskutiert.

[327] Organ: *Altmeppen*, NJW 2016, 2833, 2836. Organähnlich: *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 163. Hingegen ausdrücklich *gegen* die Stellung als Organ: *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 139; *Kleemann*, Der Leiter der GmbH-Gesellschafterversammlung, 2012, S. 27; *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 48 Rn. 32.

[328] *Altmeppen*, GmbHR 2018, 225, 230.

[329] Für einen einfachen Mehrheitsbeschluss *Lange*, NJW 2015, 3190, 3192; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 Rn. 14; *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 48 Rn. 95; *Teichmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 48 Rn. 17. Für Einstimmigkeit OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 04.12.1998 – 5 W 33 – 98, NJW-RR 1999, 980.

[330] *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 Rn. 14.

[331] *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 48 Rn. 33; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 Rn. 14; *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 106; *Teichmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 48 Rn. 17.

[332] *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 315 f. (Neutralitätspflicht und Verhältnismäßigkeit); *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 Rn. 16.

[333] *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 Rn. 16.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Bei keinem anderen Kollektivorgan ist so intensiv und schon so lange umstritten, ob dem Versammlungsleiter kraft seiner Funktion die Aufgabe zukommt, das Abstimmungsergebnis festzustellen und zu verkünden oder ob dies nur dann gilt, wenn dem Versammlungsleiter diese Aufgabe durch Satzung oder mit Zustimmung aller Gesellschafter übertragen wurde. Das Lager derjenigen Gerichte und Literaturstimmen, die dem Versammlungsleiter diese Aufgabe qua Funktion zubilligen,[334] ist etwas größer als das Lager der ablehnenden Vertreter[335]. Der BGH hatte schon die Gelegenheit einer Streitentscheidung, die entsprechende Revision jedoch nicht angenommen.[336] Eine abschließende Klärung steht also auch für die Praxis noch aus.

c) Der Befund im Personengesellschaftsrecht

Im Personengesellschaftsrecht hat es die Figur des Versammlungsleiters noch nicht recht ins Zentrum der Betrachtung geschafft. Die Figur ist zwar auch dort bekannt,[337] Details wurden aber offenbar noch nicht vertiefter untersucht und mussten in der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – noch nicht entschieden werden.

---

[334] OLG Celle, Urt. v. 27.03.1997 – 9 U 154/96, BeckRS 1997, 13136; *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 142 („dazu ohne weiteres befugt"); *Rohleder*, GmbHR 1989, 236, 239 (nach einfachem Mehrheitsbeschluss); *Böttcher/Grewe*, NZG 2002, 1086, 1088; *Kleemann*, Der Leiter der GmbH-Gesellschafterversammlung, 2012, S. 105 ff.; *Hüffer/Schürnbrand*, in: Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbH, 2. Aufl. 2014, § 48 Rn. 32; *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 45 Rn. 21; *Lange*, NJW 2015, 3190, 3192 („stillschweigend"); *Seibt*, in: Scholz, 11. Aufl. 2015, § 48 Rn. 53; *Bergjan*, in: Saenger/Inhester, 3. Aufl. 2016, § 48 Rn. 10 (nach einfachem Mehrheitsbeschluss); *Teichmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 48 Rn. 18; *Ganzer*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, 6. Aufl. 2017, § 48 Rn. 15; *Wolff*, in: Münchener Handbuch zum GmbH-Recht, 5. Aufl. 2018, § 39 Rn. 82 (nach einfachem Mehrheitsbeschluss); *Drescher*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 47 Rn. 55; bis zur Vorauflage *Roth,* in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 48 Rn. 25 f., sodann ebenso von *Altmeppen* ab der 9. Aufl. 2019 für den qualifizierten Versammlungsleiter fortgeführt; noch nicht eindeutig BGH, Urt. v. 21.06.2010 – II ZR 230/08, DStR 2010, 1997, Tz. 16; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 Rn. 17a.

[335] OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 04.12.1998 – 5 W 33/98, NZG 1999, 406; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 06.11.2008 – 20 W 385/08, FGPrax 2009, 81 f.; KG, Beschl. v. 12.10.2015 – 22 W 74/15, FGPrax 2016, 17, 18; *Hoffmann/Köster*, GmbHR 2003, 1327, 1329; *Wiester*, GmbHR 2008, 189, 194; *Jaeger,* in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 19 Rn. 113; *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 395; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 48 Rn. 17; *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, 3. Aufl. 2017, § 47 Rn. 589.

[336] BGH, Beschl. v. 29.06.1998 – II ZR 156/97 (unveröffentlicht; vgl. den Verfahrensgang bei juris).

[337] *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 1 Rn. 71.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

d) Der Befund im Wohnungseigentumsrecht

Ähnlich schlank wird die Rolle des Versammlungsleiters im Wohnungseigentumsrecht erörtert. Dort wird der Versammlungsleiter ausdrücklich als Funktionsgehilfe bezeichnet.[338] Rechte und Pflichten des Versammlungsleiters entsprängen seiner Funktion.[339] Er sei jedoch weder Organ noch leite er seine Rechtsmacht von anderen Organen ab.[340] Der Versammlungsleiter übe im Übrigen keine Amtsbefugnisse aus.[341] Wohl deshalb bestehen im Schrifttum keine Bedenken, dass auch Dritte zum Versammlungsleiter bestellt werden können.[342]

Im Wohnungseigentumsrecht wird dem Versammlungsleiter nach ganz herrschender Meinung die Kompetenz zugesprochen, das Abstimmungsergebnis festzustellen und zu verkünden.[343] Allerdings ist sehr umstritten, ob der Versammlungsleiter auch dann das Abstimmungsergebnis verkünden darf, wenn er den Beschluss als möglicherweise rechtswidrig oder gar nichtig einschätzt.[344]

e) Der Befund im Insolvenzrecht

Im Insolvenzrecht musste die Rolle des Versammlungsleiters offenbar noch nicht thematisiert und damit die dogmatische Herleitung noch nicht näher erörtert werden. Das könnte damit zusammenhängen, dass der Gesetzgeber die Leitungskompetenz der Gläubigerversammlung in die Hände des Insolvenzgerichts legt (§ 76 Abs. 1 InsO) und damit eher das Zivilverfahrensrecht und weniger die rechtsgeschäftliche Einkleidung im Vordergrund steht. Etwas überraschend ist dies gleichwohl, da die Gläubigerversammlung ohne Weiteres Beschlüsse und damit Rechtsgeschäfte fassen kann, die typisch für die Willensbildung eines Kollektivorgans im Innenverhältnis sind. Das trifft etwa auf die Willensbildung der Gläubiger zu, ob das Unternehmen des Schuldners stillgelegt oder vorläufig fortgeführt werden soll, damit es saniert oder veräußert werden kann (§ 157 Satz 1 InsO). Auch die Entscheidung der Gläubigerversammlung, dass die Sanierung des Unternehmens mittels Insolvenzplan vorbereitet werden soll und der Insolvenzverwalter deshalb den Auftrag erhält, diesen Plan auszuarbeiten (§ 157 Satz 2 InsO) zeigt eine solche Willensbildung. Immerhin hat der Gesetzgeber der Beschlussfassung im Kollektivorgan eine eigene

[338] *Elzer*, MietRB 2008, 378, 380; *Becker*, ZWE 2012, 297; *J.-H. Schmidt*, ZWE 2016, 385, 392; *Häublein,* in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 60.

[339] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 24 WEG Rn. 129.

[340] So wohl *Becker*, ZWE 2012, 297, 298.

[341] *J.-H. Schmidt*, ZWE 2016, 385, 392 f.

[342] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 24 WEG Rn. 128.

[343] BGH, Beschl. v. 23.08.2001 – V ZB 10/01 (2. Leitsatz), BGHZ 148, 335, NJW 2001, 3339; *Wicke*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 25 WEG Rn. 1; *Becker*, ZWE 2012, 297; *Greiner*, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. 2014, § 7 Rn. 826; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, vor §§ 23 ff. Rn. 23; *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 38.

[344] Ausführlich zu diesem Streit sogleich in § 4 VII. 2. b).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vorschrift gewidmet. Darüber hinaus ist die Rolle des Versammlungsleiters gerade bei der Gläubigerversammlung wichtig, weil bei den größeren Gläubigerversammlungen eine Beschlussfassung ohne einen Versammlungsleiter faktisch kaum denkbar ist. Zuzugeben ist aber, dass in vielen Insolvenzverfahren kaum Gläubiger zur Gläubigerversammlung erscheinen, weshalb sich der Aufwand bei der Beschlussprozedur dann sehr in Grenzen hält.

Im Übrigen ist wohl deshalb in der Praxis noch wenig Bedarf an einer näheren Untersuchung der Versammlungsleitung in der Gläubigerversammlung entstanden, da es geradezu typisch ist, dass das Gericht eine Versammlung leitet und den Richtern und Rechtspflegern bei der Leitung von Versammlungen ein nicht unbeachtlicher Vertrauensvorschuss zuteil wird, sodass Komplikationen bei der Versammlungsleitung zumindest in der Theorie fernliegend erscheinen.

Beim Gläubigerausschuss hingegen dürfte dieser Gedanke nicht tragen. Auch für dieses Kollektivorgan hat der Gesetzgeber in § 72 InsO eine eigene Vorschrift über die Beschlüsse des Gläubigerausschusses vorgesehen. In dieser Regelung werden jedoch nur die Beschlusskompetenz und die erforderliche Stimmenmehrheit für die Beschlüsse normiert. Auch beim Gläubigerausschuss ist aber die Frage nach der Versammlungsleitung ungeregelt. Weder das Insolvenzgericht noch der Insolvenzverwalter werden hier als Versammlungsleiter vorgesehen. Die Versammlungen des Gläubigerausschusses werden vielmehr häufig von einem Mitglied des Gläubigerausschusses geleitet. Dieses Mitglied führt dann durch die Beschlussprozedur.

f) Analyse und verallgemeinerungsfähige Leitlinien

Vergleicht man die Befunde in den verschiedenen Rechtsgebieten und sucht für die Rechtsgeschäftslehre im Allgemeinen wie auch für die einzelnen Kollektivorgane im Besonderen nach einem gemeinsamen Nenner, zeigt sich als verallgemeinerungsfähige Leitlinie, dass die Kompetenz des Versammlungsleiters, die Beschlussprozedur zu leiten und durch die Verkündung des Beschlusses abzuschließen, *aus seiner Funktion* folgt. Dies gilt nicht nur dann, wenn diese Kompetenz besonders naheliegt, weil einer der Organwalter eine herausgehobene Stellung hat (*primus inter pares*), wie dies beim Vorstandsvorsitzenden, beim Aufsichtsratsvorsitzenden[345] und beim Betriebsratsvorsitzenden der Fall ist, oder durch seine betriebswirtschaftliche und juristische Vorbildung für diese Aufgabe besonders geeignet ist, wie das im Wohnungseigentumsrecht meist beim Verwalter der Fall ist.[346] Die Kompetenz des Versammlungsleiters, die Beschlussprozedur zu leiten und durch die Verkündung des Beschlusses abzuschließen besteht vielmehr grundsätzlich dann, wenn eine Person *kraft Gesetzes*, wie der Verwalter bei der Wohnungseigentümerversammlung (§ 24

[345] *Hoffmann-Becking*, NZG 2017, 281 nennt den Aufsichtsratsvorsitzenden daher einen „geborenen Versammlungsleiter".

[346] Für die WEG-Verwalter siehe etwa *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 26 WEG Rn. 11.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abs. 5 WEG), der Vorsitzende des Betriebsrats (§ 29 Abs. 2 Satz 2 BetrVG), der Rechtspfleger oder Richter bei der Gläubigerversammlung (§ 76 Abs. 1 InsO, § 18 RPflG) oder der Leiter der Hauptversammlung (§ 130 Abs. 2 Satz 3 AktG), *durch Vertrag* oder *durch Verfahrensbeschluss* mit der Funktion des Versammlungsleiters betraut wird.[347] Die Durchführung der Beschlussprozedur stellt dann die *Kernaufgabe* des Versammlungsleiters dar, die derart *natürlich aus seiner Funktion resultiert*, dass keine *weitere* Legitimation vonnöten ist. Deshalb würde auch ein Umkehrschluss dergestalt, dass bei Organen wie der GmbH-Gesellschafterversammlung mangels vergleichbarer Vorschriften wie § 24 Abs. 5 WEG, § 76 Abs. 1 InsO, § 18 RPflG, § 130 Abs. 2 Satz 3 AktG für diese Kompetenz des Versammlungsleiters eine besondere Legitimation erforderlich ist, nicht überzeugen.

Werden einer Person nicht schon kraft Gesetzes oder durch Vertrag die Versammlungsleitung und damit die hier genannten Kompetenzen zugesprochen, kann die Versammlung selbst für einen Versammlungsleiter sorgen. Bestellt eine Versammlung durch Verfahrensbeschluss mit einfacher Mehrheit[348] einen Versammlungsleiter, dann liegt in dieser Bestellung die Legitimation für die Feststellung des Abstimmungsergebnisses und die Verkündung des Beschlusses.[349] Da auch sonst Verfahrensbeschlüsse mit einfacher Mehrheit gefasst werden, gilt auch hier kein anderes Mehrheitserfordernis. Es haben sich keine überzeugenden Anhaltspunkte dafür ergeben, dass ein solcher Verfahrensbeschluss nur einstimmig gefasst werden könnte. Hinsichtlich der Verkündung dieses Verfahrensbeschlusses gilt das oben Gesagte: Die Organwalter können das Abstimmungsergebnis zu diesem Verfahrensbeschluss selbst feststellen und den Beschluss verkünden (§ 4 VI. 8.). Auch eine konkludente Verkündung des Verfahrensbeschlusses ist möglich und insbesondere bei klaren Abstimmungsergebnissen in der Praxis häufig der Fall (§ 4 VI. 7.). Ob dem Versammlungsleiter diese Kompetenzen im Gesetz, Vertrag oder Verfahrensbe-

[347] Besonders prägnant für das Wohnungseigentumsrecht *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 54, der „das gesetzliche Verkündungserfordernis" (§ 24 Abs. 7 S 2 Nrn 1 und 2 WEG) als Stütze für die „dem Abstimmungsleiter [verliehene] Rechtsmacht" ansieht, „einen Verkündungsbeschluss in die Welt zu setzen". Sehr ähnlich auch für das GmbH-Recht *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 48 Rn. 53 und *Hüffer/Schürnbrand*, in: Ulmer/Habersack/Lübbe, 2. Aufl. 2014, § 48 Rn. 32 („Letztere Befugnis ist in jeder Bestellung zum Versammlungsleiter eingeschlossen […]"); deutlich so auch für das Aktienrecht *M. Schwab*, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, S. 334 („Der Versammlungsleiter ist gewiß dazu berufen, die Stimmen auszuzählen und das Ergebnis zu verkünden […]"); *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 60 f. Gleichfalls für den Betriebsrat *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 29 Rn. 44: „Zur Leitung gehört, dass der Vorsitzende […] die Abstimmungen durchführt und feststellt, ob und mit welchem Inhalt ein Beschluss gefasst worden ist"; *Mauer*, in: BeckOK Arbeitsrecht, 55. Ed. 01.03.2020, § 29 Rn. 7; *Koch*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2020, § 29 BetrVG Rn. 2.

[348] *Bergjan*, in: Saenger, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 48 Rn. 10 (siehe aber weitere Nachweise zum Streitstand im GmbH-Recht schon oben unter b)); *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 24 WEG Rn. 203.

[349] *Lange*, NJW 2015, 3190, 3192.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schluss zudem ausdrücklich oder konkludent zugesprochen werden, ist also nicht entscheidend,[350] da sie eben aus seiner Funktion heraus resultieren. Ein Versammlungsleiter, der diese Kompetenzen nicht hätte, wäre kein Versammlungsleiter, sondern ein bloßer Moderator.

Auf dieser Linie liegt es, dass sich die These, wonach der Versammlungsleiter die Kompetenz zur Feststellung des Abstimmungsergebnisses und Beschlussverkündung nur hat, wenn sie ihm durch Satzung oder sonstigen Vertrag ausdrücklich übertragen wurde, weder auf die Rechtsgeschäftslehre, noch spezielle Gesetze stützen kann. Die These scheint im Übrigen auch praxisfremd, da Satzungen typischerweise keine detaillierten Regelungen zur Beschlussprozedur und zu den entsprechenden Kompetenzen des Versammlungsleiters treffen.

Gründe des Rechtsschutzes führen ebenfalls nicht zu einem anderen Ergebnis. Es wird zwar mancherorts als ungerecht empfunden, wenn derjenige Organwalter, der sich mittels der unbefristeten allgemeinen Feststellungsklage[351] gegen einen nicht verkündeten Beschluss wehren will, mehr Zeit für die Klageschrift hat als derjenige Organwalter, der sich gegen einen verkündeten Beschluss wehrt und häufig eine knappe Anfechtungsfrist zu beachten hat. Der Rechtsschutz für den dissentierenden Organwalter wird also im Falle einer Anfechtungsklage als eingeschränkt empfunden.[352] Abermals gilt aber daran zu erinnern, dass eine prozessrechtliche Voraussetzung (Anfechtungsfrist) und eine prozessrechtliche Wertung (Qualität des Rechtsschutzes) nicht herangezogen werden kann, um ein materiell-rechtliches Tatbestandsmerkmal (Verkündung des Beschlusses) ablehnen zu können.

2. Die Verzahnung der Rolle des Versammlungsleiters mit der Verkündung rechtswidriger Beschlüsse

a) Die Verkündung fehlerhafter Beschlüsse am Beispiel des Zählfehlers

Anhand des sogenannten Zählfehlers soll nachfolgend untersucht werden, ob der Beschluss so zustande kommt, wie er vom Versammlungsleiter verkündet wird, der Beschluss nur dem Rechtsschein nach besteht oder aber entgegen der Verkündung so zustande kommt, wie er dem wahren Abstimmungsergebnis entspricht.

Zur Veranschaulichung stelle man sich eine Wohnungseigentümerversammlung mit 50 Eigentümern vor. Es entscheidet die einfache Mehrheit. Abgestimmt wird durch Handzeichen. In einer Versammlung wird Tagesordnungspunkt 3 „Abberufung des Verwalters“ kontrovers diskutiert. Nach der Aussprache wird der Antrag auf Abberufung des Verwalters zur Abstimmung gestellt. Der Versammlungsleiter zählt 24 JA-Stimmen und übersieht dabei, dass die Wohnungseigentümerin *A* bei ihrer Handhebung optisch die Hände von *B* und *C* verdeckt. Der Versammlungsleiter

[350] So aber ausdrücklich KG, Beschl. v. 12.10.2015 – 22 W 74/15, NZG 2016, 384, 385.

[351] Ob die Feststellungsklage tatsächlich statthaft ist, wurde in § 4 VI. 7. untersucht.

[352] *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 162.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

verkündet deshalb, dass der Beschluss nicht gefasst wurde, da der Beschluss die notwendige Mehrheit verfehlt habe. Tatsächlich aber haben 26 Stimmen für den Beschluss gestimmt, sodass er nach dem Abstimmungsergebnis gefasst worden wäre. Der Verwalter wäre eigentlich abberufen worden. Aufgrund der Raum- und Sichtverhältnisse konnte jedoch kein Wohnungseigentümer den Fehler erkennen. Der Verwalter bleibt letztlich im Amt.

Wenige, dafür aber mit Hügel/Elzer prominente Stimmen gehen im Wohnungseigentumsrecht davon aus, dass bei einem Zählfehler nur der „Rechtsschein eines Beschlusses" bestehe.[353] Entscheidend sei das wahre Abstimmungsergebnis. Denn der Versammlungsleiter habe keine Legitimation, Entstehungsvoraussetzungen zu simulieren[354] und ein Rechtsgeschäft in die Welt zu setzen, das so nicht gewollt gewesen wäre. Anders gewendet sei aus Sicht der Rechtsgeschäftslehre nicht zu begründen, warum die Verkündung des Beschlusses die übrigen Tatbestandsmerkmale wie Beschlussantrag und Stimmabgaben einfach negieren könne.[355] Es gäbe keine Rechtsvorschrift, die etwas Gegenteiliges anordne. Dies sei auch nachvollziehbar, da andernfalls das Beschlussergebnis in sein Gegenteil verkehrt würde.[356]

Der Bundesgerichtshof und die Instanzenrechtsprechung sowie Teile der Literatur hingegen gehen seit vielen Jahren davon aus, dass der Beschluss so zustande kommt, wie er vom Versammlungsleiter verkündet wurde.[357] Dieser Beschluss leide allerdings an einem formellen Fehler. Sein endgültiges Schicksal bestimme sich danach, ob der Beschluss rechtzeitig angefochten werde *und* bei korrekter Ermittlung des Abstimmungsergebnisses ein anderes Ergebnis verkündet worden wäre.[358]

Der herrschenden Meinung wird hier gefolgt. Da die Verkündung des Beschlusses ein zwingendes Tatbestandsmerkmal für das Zustandekommen des Beschlusses

---

[353] *Elzer*, ZWE 2007, 165 ff.; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, vor §§ 23 ff. Rn. 30; *Elzer*, ZWE 2007, 165 ff.

[354] *Elzer*, ZWE 2007, 165 (prägnant S. 173 „Die Verkündung hat nicht die Funktion, abschließend alle anderen Entstehungsvoraussetzungen eines Beschlusses vom Tisch zu fegen und diese zu negieren"); *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, vor §§ 23 ff. Rn. 30. Gleichfalls so für Beschlüsse des Aufsichtsrats *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 114, wonach „das tatsächliche Beschlussergebnis dem fehlerhaft festgestellten vorgeht".

[355] So fasst *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 50 die in der vorherigen Fn. genannte Auffassung zusammen (folgt aber zu Recht der herrschenden Meinung).

[356] *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, vor §§ 23 ff. Rn. 30.

[357] Für das Wohnungseigentumsrecht BGH, Urt. v. 27.03.2009 – V ZR 196/08, NJW 2009, 2132, Tz. 29; OLG München, Beschl. v. 21.02.2007 – 34 Wx 100/06, ZMR 2007, 480, 481; LG Köln, Urt. v. 15.10.2009 – 29 S 102/09, ZMR 2010, 313, 314; LG München I, Beschl. v. 03.11.2010 – 36 S 12740/10, ZMR 2008, 915, 916; *T. Spielbauer*, in: Spielbauer/Then, WEG, 3. Aufl. 2017, § 23 Rn. 20; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 51. Für das Gesellschaftsrecht BGH, Urt. v. 21.03.1988 – II ZR 308/87, NJW 1988, 1844; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 130 Rn. 22; *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 111 und 118. A. A. AG Hamburg, Beschl. v. 09.02.2010 – 102d C 122/08, ZMR 2010, 560.

[358] *Deckert*, ZMR 2008, 591; knapp *T. Spielbauer*, in: Spielbauer/Then, WEG, 3. Aufl. 2017, § 23 Rn. 20.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

darstellt,[359] entsteht das Rechtsgeschäft so, wie es vom Versammlungsleiter verkündet wurde. Dieses Ergebnis folgt aus dem Wesen und der Aufgabe der Verkündung, den Tatbestand zu finalisieren. Für diesen Endakt ist es nicht entscheidend, dass bei dem vorangegangenen Tatbestandsmerkmal – der Feststellung des Abstimmungsergebnisses – ein Fehler unterlaufen ist. Dieses Fixierungsrecht beruht auf der Verkündungskompetenz des Versammlungsleiters, die wiederum aus der Funktion als Versammlungsleiter resultiert.

Darüber hinaus ist daran zu erinnern, dass es zur Eigenart eines Beschlusses *als Rechtsgeschäft eigener Art* gehört, Willenserklärungen ein geringeres Gewicht beizumessen als beim Vertrag. Wie oben herausgearbeitet wurde,[360] handelt es sich hierbei in der vertraglich gefärbten Rechtsgeschäftslehre um einen wichtigen Unterschied zwischen Vertrag und Beschluss. Beim Beschluss wird das Gewicht stattdessen auf die Verkündung des Beschlusses als finalisierendes Tatbestandsmerkmal gelegt, weshalb es mit Blick auf die Beschlussprozedur zutreffend ist, dass der Tatbestand zustande kommt, wie ihn der Versammlungsleiter verkündet hat.

Neben diesen dogmatischen Argumenten kommt noch ein teleologisches hinzu: Das oben genannte Beispiel verdeutlicht, dass die Gegenauffassung in der Rechtspraxis zu kaum überzeugenden Ergebnissen führen würde. Können die Organwalter das wahre Abstimmungsergebnis nicht erkennen, was aufgrund der örtlichen Verhältnisse oder der Größe der Versammlung ohne Weiteres denkbar ist, werden sie davon ausgehen, dass der Beschluss so gefasst ist, wie das Abstimmungsergebnis verkündet wurde. Es wäre dann niemandem geholfen, wenn der im obigen Beispiel eigentlich abberufene Verwalter weiter agieren würde, obwohl er – legt man das wahre Abstimmungsergebnis zugrunde – nur ein Scheinorgan darstellt. Die Organwalter haben im Gegenteil ein Interesse an der Rechtssicherheit und dürfen auf das verkündete Beschlussergebnis vertrauen.[361]

Das weitere Schicksal eines zustande gekommenen Beschlusses, der aufgrund eines Zählfehlers im Tatbestand fehlerhaft entstanden ist, bestimmt sich nach dem Beschlussmängelrecht des jeweiligen Kollektivorgans. Es wird sich später noch in Kapitel § 16 I. zeigen, dass diese Art Mangel zu den *formellen* Fehlern gehört und auf Ebene der Wirksamkeit behandelt wird.

Für die seltenen Fälle, in denen der Versammlungsleiter das wahre Abstimmungsergebnis zutreffend ermittelt, jedoch *rechtsmissbräuchlich* das Gegenteil verkündet, ist zunächst klarzustellen, dass sich auch hier nichts an der Beschlussprozedur ändert. Der Beschluss wäre jedoch nicht nur anfechtbar, sondern sogar nichtig,[362] da der Versammlungsleiter seine Funktion rechtsmissbräuchlich ausgeübt

[359] § 4 VI. 6.

[360] § 4 VI. 6. f).

[361] OLG München, Beschl. v. 21.02.2007 – 34 Wx 100/06, ZMR 2007, 480; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 51.

[362] AG Hamburg, Beschl. v. 09.02.2010 – 102d C 122/08, BeckRS 2010, 15486.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hat und der Beschluss damit an einem besonders gravierenden Fehler leidet. Wie immer sind bei subjektiven Rechten – hier das Recht auf Verkündung des Beschlusses – auch Schranken zu beachten, namentlich die Missbrauchsschranke.[363] Der Versammlungsleiter darf *seine Funktion* also nicht rechtsmissbräuchlich ausüben, da er andernfalls gegen den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und die guten Sitten (§ 826 BGB) verstößt.[364] Ferner dürfte sich der Versammlungsleiter schadensersatzpflichtig machen. Stellt die Versammlungsleitung eine Pflicht aus einem Schuldverhältnis dar,[365] würde es sich offensichtlich um eine Pflichtverletzung handeln, die der Versammlungsleiter zu vertreten hat (§ 276 Abs. 1 BGB). Im Falle eines Schadens – man denke etwa an die Kosten für eine Wiederholungsversammlung – stünde je nach Kollektivorgan dem Verband bzw. der Gemeinschaft oder dem Organwalter gegen den Versammlungsleiter ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB zu. Auch deliktische Ansprüche wie § 826 BGB würden sich aufdrängen.

b) Die Verkündung rechtswidriger Beschlüsse durch den Versammlungsleiter

Die Frage, ob der Versammlungsleiter auch rechtswidrige Beschlüsse zu verkünden hat, ist seit mehr als zehn Jahren umstritten. Insbesondere das Wohnungseigentumsrecht hat sich als dankbarer Nährboden erwiesen. Hintergrund ist auf der einen Seite die Regelung des § 24 Abs. 5 WEG, wonach der Verwalter regelmäßig den Vorsitz in der Versammlung führt,[366] auf der anderen Seite die Vorschrift des § 49 Abs. 2 WEG, wonach dem Verwalter Prozesskosten auferlegt werden können, soweit die Tätigkeit des Gerichts – etwa durch eine Anfechtungsklage – durch den Verwalter veranlasst wurde und ihn ein grobes Verschulden trifft, auch wenn er nicht Partei des Rechtsstreits ist.[367]

---

[363] *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 20 Rn. 77.

[364] Zutreffend daher AG Hamburg, Beschl. v. 09.02.2010 – 102d C 122/08, BeckRS 2010, 15486: „Eine vorsätzlich falsche Ergebnisfeststellung durch den Verwalter […] führt zur Nichtigkeit des gefassten Beschlusses, eine wissentlich und willentlich falsche Ergebnisfeststellung verstößt gegen die guten Sitten". Siehe ferner noch § 16 I. 2. Beachte gleichwohl die thematische Eingrenzung in § 2 III., wonach diese Arbeit nicht das allgemeine prozessuale Beschlussmängelrecht der jeweiligen Kollektivorgane untersucht, etwa also nicht die §§ 241 ff. AktG betrachtet.

[365] Dazu gleich in § 4 VII. 3.

[366] Gleichwohl wird in diesem Beitrag unterschieden zwischen der Funktion des Versammlungsleiters und dem Verwalter als „Organisationselement" (*Jacoby*, Das private Amt, S. 135).

[367] *Deckert*, ZMR 2008, 594. Die Regelung des § 49 Abs. 2 WEG stellte immer schon einen Fremdkörper im Verfahrensrecht dar, da im Gewand einer Kostengrundentscheidung inzident darüber befunden wird, ob dem Verwalter grobes Verschulden vorgeworfen werden kann (*Skauradszun*, ZRP 2020, 34, 37). Sie soll durch das WEMoG (RegE vom 23.03.2020) endlich aufgehoben werden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Obwohl sich im wohnungseigentumsrechtlichen Schrifttum Deckert, J.-H. Schmidt und Becker intensiv und umfassend mit dem Problem befasst haben[368] und sich der in diesen Beiträgen dargestellte Ansatz, warum der Versammlungsleiter auch rechtswidrige Beschlüsse zu verkünden hat, mittlerweile zumindest im Schrifttum durchgesetzt haben dürfte,[369] kommt das Thema gleichwohl nicht zur Ruhe.[370] Das resultiert daraus, dass immer wieder Entscheidungen bekannt werden, in denen die Gerichte den Verwaltern wegen (vermeintlich) fehlerhafter Verkündungen von rechtswidrigen Beschlüssen nach § 49 Abs. 2 WEG Prozesskosten auferlegt haben.[371]

Nachfolgend wird die Argumentation der einen wie anderen Seite skizziert (unter aa)), bevor versucht werden soll, die herrschende Meinung dadurch zu stützen, dass das gefundene Ergebnis – das Abstimmungsergebnis ist trotz etwaiger formeller oder materieller Fehler zu verkünden – in ein größeres Gesamtbild gesetzt wird. Die Wurzel des Problems liegt nämlich auch hier darin, dass die rechtliche Stellung des Versammlungsleiters noch zu wenig durchdrungen ist. Eine Rückbesinnung auf die Rechtsgeschäftslehre wird hier und bei allen anderen Kollektivorganen, bei denen sich vergleichbare Probleme stellen, Teil der Lösung sein.

aa) Die Kontroversen um die Verkündung rechtswidriger Beschlüsse durch den Versammlungsleiter

Versammlungsleiter, jedenfalls solche, die im Laufe der Zeit einiges an Erfahrung gesammelt haben, erkennen teils recht schnell, ob und wo in der Beschlussprozedur Fehler passiert sind und ob der beabsichtigte Beschluss inhaltlich an einem Fehler leidet. Tendenziell erkennen Versammlungsleiter formelle Fehler leichter, da materielle Fehler, die etwa komplexe Abwägungsfragen betreffen, mitunter erst bei genauerer Prüfung sichtbar werden. Versammlungsleiter stehen dann häufig vor der Frage, ob sie das Abstimmungsergebnis auch dann zu verkünden haben, wenn sie den damit entstehenden Beschluss für fehlerhaft halten. Im Wissen um die sich nun ggf.

---

[368] *Deckert*, ZMR 2008, 585; *J.-H. Schmidt*, in: FS Merle, 2010, S. 329 ff.; *Becker*, ZWE 2012, 297; *J.-H. Schmidt*, ZWE 2016, 385.

[369] *Deckert*, ZMR 2008, 585; *J.-H. Schmidt*, in: FS Merle, 2010, S. 329, 344; *Becker,* ZWE 2012, 297, 298; *H. Müller,* ZWE 2015, 303, 308; *J.-H. Schmidt,* ZWE 2016, 385, 399; *Skauradszun*, ZWE 2016, 61, 67; *ders.*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 39. Siehe für das Aktienrecht etwa *M. Schwab*, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, S. 334, der – wie hier – annimmt, dass die Rechtmäßigkeitskontrolle allein Aufgabe der Gerichte sei.

[370] *Skauradszun*, ZMR 2018, 122.

[371] So auch die Einschätzung von *J.-H. Schmidt*, ZWE 2016, 385. Siehe etwa LG Bamberg, Beschl. v. 16.04.2015 – 11 T 8/15, ZMR 2015, 395, ZWE 2015, 378. Kritisch zu dieser Entscheidung *Häublein,* in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 59. Siehe ferner zu unzähligen formellen Fehlern, die dazu führten, dass die Rechtsprechung dem Verwalter als Versammlungsleiter Kosten auferlegt hat, *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 26 WEG Rn. 401 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

anschließende Beschlusskorrektur wäre etwa denkbar, dass der Versammlungsleiter das Abstimmungsergebnis gar nicht erst verkündet und damit den Beteiligten, die mit dem Beschluss nicht einverstanden sind, das sonst übliche Vorgehen im Rahmen der Beschlussfehlerlehre erspart. Freilich setzt das dann diejenigen, die den Beschluss für rechtmäßig erachten, unter Zugzwang. Andererseits kann die Rolle des Versammlungsleiters auch so verstanden werden, dass dieser keiner Pflicht zur materiellen Beschlusskontrolle unterliegt. Der Versammlungsleiter hätte seine Pflichten schon dann erfüllt, wenn er auf die Gefahr eines erfolgreichen Angriffs auf den Beschluss hinweist.

Diejenigen, die die Verkündung rechtswidriger Beschlüsse möglichst umfassend vermeiden wollen, heben tendenziell die Verantwortung des Versammlungsleiters für die Beschlussprozedur hervor. Wer gerade für die formellen Voraussetzungen eines Beschlusses verantwortlich sei, habe auch zu prüfen, ob diese bei der jeweiligen Beschlussprozedur eingehalten wurden.[372] Diese Auffassung spitzt sich dergestalt zu, dass der Verwalter die Pflicht habe, die Verkündung von Beschlüssen abzulehnen, bei denen er solche Fehler festgestellt habe.[373]

Das entgegengesetzte Lager sieht den Versammlungsleiter primär verpflichtet, die Beschlussprozedur zu leiten, jedoch weniger als verlängerten Arm des Gerichts.[374] Wohl deshalb, weil Versammlungsleiter insbesondere mit informellen Aspekten der Beschlussprozedur häufig gut vertraut sind, wird vom Versammlungsleiter aber ein Hinweis auf festgestellte Fehler erwartet – allerdings auch nicht mehr.[375] Der Versammlungsleiter dürfe weder das Abstimmungsergebnis offenlassen, noch die Verkündung des Beschlusses verweigern.[376]

bb) Einordnung des Problems in ein größeres Gesamtbild

Bei Lichte betrachtet fußt die Kontroverse um die Verkündung rechtswidriger Beschlüsse auf der großen Rechtsmacht, die der Versammlungsleiter aufgrund seiner Funktion hat.[377] Immer dann, wenn ein Beschluss nach Ablauf einer Frist bestandskräftig werden kann – wie das im Wohnungseigentumsrecht wegen §§ 23 Abs. 4 Satz 2, 46 Abs. 1 WEG der Fall ist – hat der Versammlungsleiter eine bedeutende „Gestaltungsmacht“[378]. Es macht nämlich praktisch einen Unterschied, wer

[372] *Schultzky*, in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 23 Rn. 66.

[373] *Merle*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 47.

[374] So die Wendung bei *J.-H. Schmidt*, ZWE 2016, 385, 388. Ebenso zu dieser Wertung *Skauradszun*, ZWE 2016, 61, 67; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, vor §§ 23 ff. Rn. 28.

[375] Der Versammlungsleiter stellt sich also zunächst die Frage, ob er einen Beschlussantrag überhaupt zur Abstimmung stellt, wenn er einen Fehler erkannt haben will.

[376] *J.-H. Schmidt*, in: FS Merle, 2010, S. 329, 334 ff.; *Becker*, ZWE 2012, 297, 301; *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 26 WEG Rn. 401.1.

[377] *Skauradszun*, ZMR 2018, 122, 123.

[378] *J.-H. Schmidt*, ZWE 2016, 385, 386.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nun prozessual den „Berg hochlaufen“ muss: Derjenige Organwalter, der sich gegen den Beschluss wehren will oder derjenige, der ihn unterstützt.

Diese Rechtsmacht ist manchen offenbar nicht geheuer.[379] Es verwundert daher nicht, dass in verwandten Rechtsgebieten, wie dem GmbH-Gesellschaftsrecht, häufig dem Versammlungsleiter die Kompetenz gar nicht erst zugesprochen wird, Beschlüsse durch die Verkündung entstehen zu lassen, wenn ihm diese Kompetenz nicht ausdrücklich durch den Gesellschaftsvertrag oder zumindest mit Einverständnis aller Gesellschafter eingeräumt wurde.[380]

Dieses Unbehagen ist durchaus nachvollziehbar. Eine Klarstellung durch den Gesetzgeber im Allgemeinen Teil des BGB zur Rechtsgeschäftslehre, welche Kompetenzen der Versammlungsleiter im Rahmen der Beschlussprozedur hat, wäre freilich wünschenswert gewesen. Der daraus entwickelte Ansatz, die Funktion des Versammlungsleiters zu beschneiden, ist aber gleichwohl nicht überzeugend. Überzeugend hat sich vielmehr erwiesen, dass immer dann, wenn eine Person kraft Gesetzes, wie etwa der Verwalter bei der Wohnungseigentümerversammlung (§ 24 Abs. 5 WEG), der Vorsitzende des Betriebsrats (§ 29 Abs. 2 Satz 2 BetrVG), der Rechtspfleger oder Richter bei der Gläubigerversammlung (§ 76 Abs. 1 InsO, § 18 RPflG) oder der Leiter der aktienrechtlichen Hauptversammlung (§ 130 Abs. 2 Satz 3 AktG) mit der Funktion[381] der Versammlungsleitung betraut ist, *aus dieser Funktion* von Anfang an die Rechtsmacht resultiert, das Abstimmungsergebnis festzustellen und sodann den Beschluss zu verkünden.[382]

Kann aber im Regelfall der Beschlussprozedur nur der Versammlungsleiter den Tatbestand des Beschlusses komplettieren, da seine Beschlussverkündung das Rechtsgeschäft erstmals entstehen lässt, dann muss der Versammlungsleiter auch streitige und womöglich rechtswidrige Beschlüsse verkünden. Seine primäre Aufgabe ist es schließlich, die Beschlussprozedur abzuschließen. Wer also – wie etwa im Wohnungseigentumsrecht die ganz herrschende Meinung – die Beschlussprozedur so versteht, dass der Beschluss erst mit der Verkündung des Beschlusses durch den Versammlungsleiter entsteht, muss zuvorderst die Aufgabe des Versammlungsleiters

[379] *Skauradszun*, ZMR 2018, 122, 123. Wohl deshalb wollen z. B. *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, vor §§ 23 ff. Rn. 30 dem Versammlungsleiter die Kompetenz zur Verkündung eines Beschlusses absprechen, wenn ihm Fehler bei der Auszählung unterlaufen („Zählfehler“). Die h. M. belässt dem Versammlungsleiter gleichwohl die Verkündungskompetenz und damit die Rechtsmacht, das Rechtsgeschäft entstehen zu lassen (siehe nur BGH, Urt. v. 27.03.2009 – V ZR 196/08, NJW 2009, 2132; *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 127 und ausführlich oben in § 4 VII. 2. a).

[380] KG, Beschl. v. 12.10.2015 – 22 W 74/15, NZG 2016, 384, 385; OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 04.12.1998 – 5 W 33/98, NZG 1999, 406; *Zöllner/Noack*, ZGR 1989, 525, 528; *Wiester*, GmbHR 2008, 189, 195; *Jaeger*, in: Oppenländer/Trölitzsch, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 19 Rn. 113; *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 47 Rn. 589; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 48 Rn. 17.

[381] *J.-H. Schmidt*, ZWE 2016, 385, 392: „Funktionsgehilfe“.

[382] *Skauradszun*, ZMR 2018, 122, 123. Ausführlicher oben in § 4 VII. 1. f).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

betonen. Diese besteht darin, die Beschlussprozedur überhaupt einmal abzuschließen.[383] Wer dies anders sieht, diskutiert genau genommen nicht über die Detailfrage, ob rechtswidrige Beschlüsse zu verkünden sind, über die entsprechenden Fallgruppen und über die Kostenfolgen nach § 49 Abs. 2 WEG, sondern über etwas viel Grundlegenderes in der Rechtsgeschäftslehre: Das Zustandekommen des Beschlusses.[384]

cc) Rückbesinnung auf die Rechtsgeschäftslehre

Verortet man die hier dargestellte Problematik in einem größeren Gesamtbild und erinnert man sich der grundlegenden Funktion des Versammlungsleiters innerhalb der Beschlussprozedur, kann die Problematik für alle Kollektivorgane so gelöst werden: Auf die Frage, ob der Versammlungsleiter in streitigen Fällen das Abstimmungsergebnis offen lassen und die Beschlussverkündung zurückhalten kann und damit die Beschlussprozedur vorzeitig abbrechen darf, ist zu antworten, dass der Versammlungsleiter grundsätzlich die Beschlussprozedur abzuschließen hat.[385] Dies ist seine zentrale Aufgabe. Die Aufgabe des Gerichts hingegen ist es, den (entstandenen) Beschluss ggf. zu einem späteren Zeitpunkt zu überprüfen.[386]

Der Beschluss setzt sich zwar aus den abgegebenen Stimmen zusammen,[387] die bloßen Stimmabgaben genügen aber für die Entstehung des Rechtsgeschäfts nicht. Das Offenlassen des Abstimmungsergebnisses bedeutet einen Abbruch der Beschlussprozedur. Ein solcher Abbruch würde jedoch der Vorgehensweise in der Rechtsgeschäftslehre widersprechen. Vergleicht man insoweit Beschluss und Vertrag, wäre es ebenfalls nicht naheliegend, schon den Vertragsschluss abzubrechen, weil Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer Regelung bestehen. Hier wie dort entspricht es der Vorstellung des Gesetzgebers, zunächst das Rechtsgeschäft zur Entstehung zu bringen und sich sodann seinem Inhalt zu widmen.[388] Das entspricht der oben dargestellten Unterscheidung zwischen Tatbestand und Wirksamkeit.[389]

---

[383] *Skauradszun*, ZMR 2018, 122, 123.

[384] *Skauradszun*, ZMR 2018, 122, 123.

[385] Wie hier *Deckert*, ZMR 2008, 585, 589; *J.-H. Schmidt*, in: FS Merle, 2010, S. 329, 343 (mit mehr Ausnahmen); *ders.*, ZWE 2016, 385, 386 (dort das Offenlassen auch als Pflichtverletzung bezeichnend); *Häublein,* in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 56 und § 24 WEG Rn. 128 (dort ebenfalls als [schwere] Pflichtverletzung eingeschätzt).

[386] *Deckert*, ZMR 2008, 585, 592.

[387] *Brehm*, BGB AT, 6. Aufl. 2008, § 5 Rn. 105; *Bork,* BGB AT, 4. Aufl. 2016, § 13 Rn. 436; *Neuner,* Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2020, § 29 Rn. 11; *Bitter/Röder*, BGB AT, 3. Aufl. 2016, § 5 Rn. 9.

[388] *Skauradszun*, ZMR 2018, 122, 124.

[389] Dazu oben in § 4 I. *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 387 betont beim Vertrag zu Recht, dass der Gegenstand der Wirksamkeitsprüfung erst der zustande gekommene Vertrag sein kann. Bezugspunkt der Wirksamkeitsprüfung sei der Vertrag.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Deshalb ändert sich an dem Ergebnis auch nichts, wenn der infrage stehende Beschluss am Ende sogar als nichtig festgestellt würde.[390] Die Nichtigkeit eines Beschlusses wird gemeinhin nur angenommen, wenn ein besonders schwerwiegender Mangel vorliegt.[391] Die jeweiligen Fachgesetze kennen allerdings selbst bei besonders schweren Fehlern die Möglichkeit einer Heilung – so etwa in § 242 AktG. Unwirksame Beschlüsse müssen insoweit nicht angefochten werden. Vielmehr entfalten sie kraft Gesetzes keine Rechtswirkung.[392] Hier liegt nun der entscheidende Angelpunkt zur Beschlussprozedur. Endet die Beschlussprozedur mit der Verkündung des Beschlusses durch den Versammlungsleiter, leidet der Beschluss jedoch an einem schwerwiegenden Fehler, lautet bei Lichte betrachtet die noch ungeklärte[393] Rechtsfrage, ob der Versammlungsleiter einen Beschluss entstehen lassen kann, der (von Anfang an) nichtig ist. Diese Frage ist zu bejahen. Das Rechtsgeschäft – wenngleich nichtig – käme durch die Verkündung des Beschlusses zustande und würde lediglich keine Rechtswirkung entfalten.[394] Erneut lässt sich das Ergebnis mit einem Vergleich zum Vertrag stützen. Der Gesetzgeber spricht etwa in § 125 BGB bewusst von einem „Rechtsgeschäft", das wegen Formmangels und in § 134 BGB von einem „Rechtsgeschäft", das wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot nichtig ist. Es steht also nicht infrage, dass das Rechtsgeschäft zunächst einmal zustande kam.[395] Aufgrund der gesetzlich angeordneten Nichtigkeit löst es lediglich keine Rechtsfolgen aus. Pointiert formuliert steht in Vorschriften wie § 125 BGB eben nicht „Das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts, das formnichtig wäre, ist abzubrechen".[396] Warum sollte man daher bei der Beschlussprozedur Tatbestand und Wirksamkeit vermengen, wenn die Rechtsgeschäftslehre ansonsten aus gutem Grund zwischen „Abschluss", „Zustandekommen" und „Wirksamkeit" unterscheidet.[397]

---

[390] Im Ergebnis ebenso *Becker*, ZWE 2012, 297, 300.

[391] Das gilt auch für die Beschlüsse, die neben den Kategorien „wirksam" und „unwirksam" die Kategorie „anfechtbar" kennen. Auch bei einem Beschlussmängelrecht wie den §§ 241 ff. AktG gilt, dass besonders schwerwiegende Mängel zur Nichtigkeit führen, vgl. statt aller *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 28 IV. 5. b).

[392] *Becker*, ZWE 2012, 297, 300; *Bartholome*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 23 Rn. 133; *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 124.

[393] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 61.

[394] Zutreffend formulieren *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 124 daher: „Liegt ein Nichtigkeitsgrund vor, hat ein Beschluss kraft Gesetzes keine Rechtswirkungen". Der Beschluss als Rechtsgeschäft ist aber gleichwohl zustande gekommen. Für die AG *Englisch,* in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 241 Rn. 7. Für die GmbH *Zöllner/Noack,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, Anh. § 47 Rn. 68. Für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer *Bartholome*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 23 Rn. 133.

[395] Eindeutig *Leenen*, AcP 188 (1988), 381, 387.

[396] Anders pointiert formuliert *J.-H. Schmidt*, in: FS Merle, 2010, S. 329, 344: „Wenn der Beschluss ‚das Zeug hat', bei Nichtanfechtung bestandskräftig zu werden, muss er auf den vergeblichen Hinweis hin verkündet werden".

[397] *Skauradszun*, ZMR 2018, 122, 124. Grundlegend *Leenen*, AcP 188 (1988), S. 381 ff. und insb. ab S. 386; *Häublein,* in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 20 erinnert zu Recht an die häufig anzutreffende Vermengung. Siehe ausführlich dazu auch oben in § 4 I.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die oben aufgeworfene Frage, ob der Versammlungsleiter – entsprechend der gesellschaftsrechtlichen Legalitätspflicht – für die Gesetzmäßigkeit des Handelns der Organwalter Sorge zu tragen hat, lässt sich nun beantworten. Im Ausgangspunkt hat ein Versammlungsleiter eine solche Legalitätspflicht nicht – weder im Wohnungseigentumsrecht noch im Gesellschaftsrecht.[398] Seine Aufgabe ist es, die Beschlussprozedur vorzubereiten und zu vollziehen.[399] Erkennt er hierbei Fehler, unterstützt er die Organwalter durch Hinweise.[400] Er ist aber nicht Urheber des Beschlusses, sondern nur dessen Wegbereiter. Urheber sind allein die Organwalter, also die Wohnungseigentümer, Gesellschafter, Aufsichtsratsmitglieder und Gläubiger. Sie tragen damit die Verantwortung für den Inhalt des Beschlusses. Dieses Verständnis knüpft an den oben dargestellten Vergleich der Verkündung durch den Versammlungsleiter mit der Beurkundung durch den Notar an.[401] Auch der Notar hat ausweislich § 17 Abs. 1 BeurkG entsprechende Hinweise zu geben, um Irrtümer und Fehler zu vermeiden.[402] Seine Funktion verpflichtet ihn jedoch zur Neutralität. Verbindliche Entscheidungen hat er hingegen nicht zu treffen.[403] Diese Neutralitätspflicht wird auch vom Versammlungsleiter verlangt.[404]

Beschließen die Organwalter rechtswidrig über Beschlussanträge, obliegt es primär den Organwaltern, das rechtswidrige Rechtsgeschäft mithilfe eines Zweitbeschlusses oder einer Gestaltungsklage – etwa nach §§ 243, 246 AktG (analog), § 46 WEG[405] – wieder aus der Welt zu bringen.[406] Wer den Instanzenzug von Beschlussmängelklagen verfolgt, sieht dabei immer wieder konträre Entscheidungen, weil die Frage, ob ein Beschluss nun tatsächlich rechtmäßig ist oder nicht, häufig von schwierigen Wertungen abhängt.[407] Entstehen den Organwaltern durch die rechtswidrige Stimmabgabe im Übrigen Schäden, ist zu klären, ob die Organwalter für

[398] *Skauradszun*, ZMR 2018, 122, 124.

[399] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 60: „Als Funktionsgehilfe der Versammlung ist der Vorsitzende sogar verpflichtet, das Zustandekommen eines Mehrheitsbeschlusses i. S. d. Abs 1 zu verkünden […]".

[400] Das ist mittlerweile h. M. *Deckert*, ZMR 2008, 585, 591; *J.-H. Schmidt*, in: FS Merle, 2010, S. 329, 344; *Becker*, ZWE 2012, 297, 300; *J.-H. Schmidt,* ZWE 2016, 385, 399; *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 51.

[401] § 4 VI. 4.

[402] BayObLG, Beschl. v. 30.04.1993 – 3Z BR 49/93, NJW-RR 1993, 1429, 1430.

[403] BayObLG, Beschl. v. 30.04.1993 – 3Z BR 49/93, NJW-RR 1993, 1429, 1430.

[404] Vgl. § 4 VII. 1. und etwa *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 151 sowie *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 122 für das Aktienrecht.

[405] Die Regelung soll nach dem WEMoG § 44 Abs. 1 WEG-E entsprechen (RegE vom 23.03.2020).

[406] Ganz ähnlich argumentiert *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 Rn. 17a.

[407] *Deckert*, ZMR 2008, 585, 592 gerade für die Verkündung von streitigen Beschlüssen i. R. d. § 22 Abs. 1 und 2 WEG. Ähnlich für die GmbH *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 Rn. 17a.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

pflichtwidriges Stimmverhalten persönlich haften und entsprechende Schäden kompensieren müssen.[408] Jedenfalls im Wohnungseigentumsrecht ist das seit 2014 höchstrichterlich anerkannt.[409] Es ist also wieder das materielle Recht, welches den Kreis schließt.

Der Versammlungsleiter ist nach alldem kein Garant und kein Patron für rechtmäßige Beschlüsse und im Wohnungseigentumsrecht schon gar nicht über den Weg des § 49 Abs. 2 WEG „Sündenbock" für inhaltlich verfehlte Beschlüsse.[410] Beschlüsse sind Rechtsgeschäfte für das jeweilige Kollektivorgan. Es sind die Organwalter, die für einen jeden Beschluss selbst in der Verantwortung stehen. Der Versammlungsleiter nimmt mit der Verkündung des Beschlusses hinsichtlich der Beschlussprozedur nicht mehr, aber auch nicht weniger als eine „Erstwertung"[411] vor.

3. Haftung des Versammlungsleiters

Wer, wie hier, den Versammlungsleiter bei der Beschlussprozedur als Schlüsselfigur ansieht und ihm kraft seiner Funktion als Versammlungsleiter die Rechtsmacht zubilligt, mit der Formulierung des Beschlussantrags eine Vorauswahl der möglichen Lösungsalternativen vorzunehmen,[412] die Beschlussprozedur mit der Beschlussverkündung abzuschließen und damit das Rechtsgeschäft zumindest vorläufig verbindlich festzustellen, wird die oben aufgeworfene Frage nach einem Gleichlauf zwischen Rechtsmacht und Haftung nun wieder aufgreifen müssen.[413]

Allen voran stellt sich zunächst die Frage, ob es überhaupt eine Anspruchsgrundlage für eine persönliche Haftung des Versammlungsleiters gibt. Erneut erweist sich hier das Aktienrecht als besonders ergiebig. Dort ist der Vorsitzende des Aufsichtsrats regelmäßig – statistisch offenbar zu mehr als 96 %[414] – zugleich der Versammlungsleiter in der Hauptversammlung (und meist auch im Aufsichtsrat). Die Prüfung der organschaftlichen Anspruchsgrundlage ist daher zumindest im Ausgangspunkt naheliegend und wird tatsächlich von denjenigen bemüht, die den

[408] Dazu in § 16.

[409] BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2015, 53; BGH, Urt. v. 14.07.2017 – V ZR 290/16, NZG 2017, 1181; *Skauradszun,* NZM 2015, 273, 280; *Skauradszun*, ZWE 2020, 105, 107.

[410] *Skauradszun*, ZMR 2018, 122, 124. Zustimmend zum Vorhaben im WEMoG (RegE vom 23.03.2020), diese Regelung zu streichen, *Skauradszun*, ZRP 2020, 34, 37.

[411] *Deckert*, ZMR 2008, 585, 589.

[412] Siehe zu den soziologischen Aspekten oben § 3 I. und *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 116 f.

[413] Eine solche „Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung" findet sich immer wieder in der Rechtsprechung (wörtlich so BGH, Urt. v. 20.03.1995 – II ZR 205/94, NJW 1995, 1739 – Girmes).

[414] *von der Linden*, NZG 2013, 208, 209.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Versammlungsleiter als (nicht-ständiges) Organ des Verbands ansehen.[415] Allerdings knüpfen § 116 Satz 1 in Verbindung mit § 93 Abs. 2 AktG an die Mitgliedschaft im Aufsichtsrat an, wovon die Funktion als Versammlungsleiter zu trennen ist.[416] Die organschaftsrechtliche Anspruchsgrundlage ist daher weder direkt noch analog anwendbar.[417] Die Funktion als Versammlungsleiter geht vielmehr über die Aufgaben als Vorsitzender des Aufsichtsrates hinaus.[418] Die Regelung des § 93 Abs. 2 AktG, die sich vor allen Dingen durch eine besondere Beweislastverteilung auszeichnet, würde sich für die Funktion als Versammlungsleiter auch nicht eignen. Sie ist bei Mitgliedern des Vorstands und Aufsichtsrats nur aufgrund der besonderen Sachnähe zu unternehmerischen Entscheidungen und beim Vorstand aufgrund dessen Leitungsmonopol gerechtfertigt (§ 76 Abs. 1 AktG).[419] Versammeln sich die Organwalter eines Kollektivorgans, kann jedes Organmitglied die tatsächlichen Vorgänge verfolgen, weshalb die Beweislastverteilung aus § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG[420] – zumal die herrschende Meinung diese nicht nur auf das Vertretenmüssen, sondern auch auf die Pflichtverletzung anwendet[421] – unverhältnismäßig wäre.[422]

Im Schrifttum wird rege diskutiert, ob als allgemeine Anspruchsgrundlage § 280 Abs. 1 BGB angewandt werden kann. Die Norm setzt zuvorderst ein Schuldverhältnis voraus. Als solches wird sowohl ein Geschäftsbesorgungsvertrag[423] zwischen dem Versammlungsleiter und der Gemeinschaft vorgeschlagen (§ 675 BGB), alternativ ein unentgeltlicher Auftrag[424] (§§ 662 ff. BGB). Dies hinge davon ab, ob der Versammlungsleiter zugleich Organwalter des Kollektivorgans sei und deshalb unentgeltlich auch die Funktion des Versammlungsleiters übernehme (dann Auftrag), oder als Dritter entgeltlich tätig werde (dann Geschäftsbesorgungsvertrag).[425] Die diesbezüglich im Schrifttum geäußerten Zweifel, ob Gemeinschaft und Ver-

[415] *Mülbert*, in: GroßkommAktG, 5. Aufl. 2017, § 129 Rn. 246, 248 (Der Versammlungsleiter als nichtständiges Organ der Gesellschaft unterliege einer Organhaftung in Gesamtanalogie zu den §§ 116, 93 AktG); *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 166 für die GmbH. Ausführlich oben in § 4 VII. 1.

[416] *von der Linden*, NZG 2013, 208, 209.

[417] *von der Linden*, NZG 2013, 208, 209; *Hoffmann-Becking*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 4. Aufl. 2015, § 37 Rn. 42. A. A. *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 166 für die GmbH.

[418] *von der Linden*, NZG 2013, 208, 210.

[419] *von der Linden*, NZG 2013, 208, 210.

[420] *von der Linden*, NZG 2013, 208, 211.

[421] BGH, Urt. v. 04.11.2002 – II ZR 224/00, DStR 2003, 124 (für die AG und GmbH).

[422] Ebenso schon *von der Linden*, NZG 2013, 208, 210.

[423] *Kleemann*, Der Leiter der GmbH-Gesellschafterversammlung, 2012, S. 27; *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 163 für die GmbH.

[424] *Kleemann*, Der Leiter der GmbH-Gesellschafterversammlung, 2012, S. 27; *Hoffmann-Becking*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 4. Aufl. 2015, § 37 Rn. 42; *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 163 für die GmbH.

[425] So für die GmbH *Kleemann*, Der Leiter der GmbH-Gesellschafterversammlung, 2012, S. 27.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sammlungsleiter tatsächlich Willenserklärungen auf Abschluss eines solchen Schuldverhältnisses abgeben, sind tatsächlich nicht von der Hand zu weisen. In der Tat stellt sich die Frage, durch wen die Gemeinschaft rechtsgeschäftlich vertreten wird und ob auch ein gerichtlich bestellter Versammlungsleiter ein Schuldverhältnis zur Gemeinschaft eingeht, das jedenfalls nicht vom Gericht zulasten des Verbandes eingegangen werden kann.[426] Für den Fall des Gläubigerausschusses, in dem ein Mitglied die Funktion des Versammlungsleiters übernimmt, ist diese Konstruktion ebenfalls fernliegend.

Überlegenswert ist vielmehr der Vorschlag aus dem gesellschaftsrechtlichen Schrifttum, dass ein Schuldverhältnis zwischen Versammlungsleiter und Verband grundsätzlich *mit Übernahme der Funktion* als Versammlungsleiter entsteht („körperschaftsrechtliches Schuldverhältnis").[427] Es kommt also nicht darauf an, ob (zudem) ein Geschäftsbesorgungsvertrag oder ein Auftrag vereinbart wurde, sondern ob eine Person die Funktion als Versammlungsleiter übernimmt.[428] Damit könnte mit Übernahme der Funktion als Versammlungsleiter § 280 Abs. 1 BGB grundsätzlich taugliche Anspruchsgrundlage sein.[429]

Wer das so sieht, muss allerdings im nächsten Schritt eingestehen, dass damit Schadensersatzansprüche allenfalls zwischen Gemeinschaft und Versammlungsleiter entstehen könnten, da hier das relevante Schuldverhältnis gesehen wird. Beispielsweise kann zwischen dem Verwalter einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und dieser ein solches Schuldverhältnis bestehen, nicht aber zwischen dem einzelnen Wohnungseigentümer und dem Verwalter. Auch zwischen dem Aufsichtsratsvorsitzenden und der Aktiengesellschaft gibt es ein Schuldverhältnis, allerdings nicht ohne Weiteres zwischen dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied und dem Aufsichtsratsvorsitzenden. Allerdings hat nicht unbedingt allein die Gemeinschaft einen Schaden erlitten, sondern eine Person aus dem Kreis der Organwalter. Das Auseinanderfallen von Anspruch und Schaden ist dem Bürgerlichen Recht freilich nicht fremd und kann ggf. über eine Drittschadensliquidation gelöst werden. Ferner ist denkbar, dass ein Dritter – ein Organwalter – in die Schutzwirkung eines Vertrages einbezogen wird.[430]

Eine Drittschadensliquidation ist dann möglich, wenn ein Schaden aufgrund zufälliger Schadensverlagerung nicht beim Vertragspartner, sondern bei einem Dritten eintritt und daher der Vertragspartner einen Anspruch ohne Schaden, der

[426] *von der Linden*, NZG 2013, 208, 211.

[427] *von der Linden*, NZG 2013, 208, 211; *Schindler*, in: BeckOK GmbHG, 41. Ed. 01.11.2019, § 48 Rn. 42. A. A. *Kleemann*, Der Leiter der GmbH-Gesellschafterversammlung, 2012, S. 28.

[428] *von der Linden*, NZG 2013, 208, 211. A. A. (rechtsgeschäftliche Haftung ablehnend) *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 185.

[429] Zudem mögen in Extremfällen Ansprüche aus §§ 823 ff. BGB zu prüfen sein.

[430] *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 165 nimmt eine solche Schutzwirkung an.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dritte hingegen einen Schaden ohne Anspruch hat.[431] Der Schädiger soll keinen Vorteil daraus ziehen, dass der Schaden, der eigentlich beim Vertragspartner hätte eintreten müssen, zufällig auf den Dritten verlagert wurde.[432]

Allerdings überzeugt die Konstruktion einer Drittschadensliquidation vorliegend nicht, da der Schaden nicht zufällig von der Gemeinschaft auf die Organwalter verlagert wird, sondern regelmäßig bei den Organwaltern entstehen kann. Darüber hinaus erscheint keine der vier Fallgruppen einschlägig, die bei der Drittschadensliquidation anerkannt werden. Die Funktion des Versammlungsleiters ist weder mit den Fällen der obligatorischen Gefahrentlastung, der mittelbaren Stellvertretung, der Obhut für fremde Sachen noch den Treuhandverhältnissen vergleichbar.[433] Ferner überzeugt die Konstruktion für den vorliegenden Fall nicht, da damit der Schaden zum Anspruch gezogen würde,[434] sodass die Gemeinschaft den Schadensersatzanspruch geltend machen könnte. Das ist aber nicht unbedingt im Interesse der Gemeinschaft und in keinem Fall im Interesse des geschädigten Organwalters.

Bei einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wird dem Dritten hingegen dann ein eigener Anspruch zugebilligt, wenn er bestimmungsgemäß den Gefahren des Schuldverhältnisses ausgesetzt ist (Leistungsnähe), der Gläubiger ein berechtigtes Interesse am Schutz des Dritten hat, die beiden genannten Voraussetzungen für den Schuldner bei Entstehung des Schuldverhältnisses erkennbar sind und der Dritte schutzbedürftig ist, da ihm eigene vertragliche Ansprüche fehlen.[435]

Auch die Konstruktion eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter gelingt vorliegend aber nicht reibungslos. Natürlich scheinen die Organwalter in einer Leistungsnähe zum Schuldverhältnis zwischen Gemeinschaft bzw. Verband und Versammlungsleiter zu sein. Sie können, je nach Rechtsstellung im Kollektivorgan,[436] auch selbst der Gefahr einer fehlerhaften Verkündung des Beschlusses ausgesetzt sein. Das ist für den Versammlungsleiter ferner unschwer erkennbar, handelt

[431] *Harke,* Allgemeines Schuldrecht, 2010, § 16 Rn. 439; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, § 64 Rn. 866; *Gottwald*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 328 Rn. 191; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 29 Rn. 14.

[432] BGH, Urt. v. 14.01.2016 – VII ZR 271/14, NJW 2016, 1089.

[433] Zu diesen Fallgruppen *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 29 Rn. 17 ff.

[434] *Zerres*, Bürgerliches Recht, 8. Aufl. 2016, Kap. 3.7, S. 167; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 29 Rn. 16.

[435] BGH, Urt. v. 10.05.1984 – I ZR 52/82, NJW 1985, 2411; *Gottwald*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 328 Rn. 184 ff.; *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 33 Rn. 8 ff.; *Wörlen/Metzler-Müller*, Schuldrecht AT, 13. Aufl. 2018, Rn. 421c ff.

[436] Vgl. die oben in § 2 II. skizzierte Differenzierung, auf welcher Rechtsgrundlage die Stellung als Organwalter beruhen kann. Folgt die Rechtsstellung als Organwalter aus einer Mitgliedschaft, wie etwa Wohnungseigentümer der Wohnungseigentümerversammlung (str., siehe ebenfalls in § 2 II.), können die Organwalter einer eigenen Gefahr ausgesetzt sein.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

er doch schon rein praktisch vor den Organwaltern.[437] Allerdings kann man nicht ohne Weiteres bejahen, dass die Gemeinschaft bzw. der Verband in der Gläubigerrolle einer Fürsorgepflicht für die Organwalter unterliege und die versprochene Leistung des Versammlungsleiters eine Grundlage für Dispositionen der Organwalter sei. Ferner erfüllt der Versammlungsleiter seine Funktion in der Versammlung und damit direkt gegenüber den Organwaltern und nicht primär gegenüber der Gemeinschaft bzw. dem Verband. Spiegelbildlich sind auch die Organwalter berechtigt, vom Versammlungsleiter Leistung an sie zu fordern. Konkret geht es darum, dass die Organwalter verlangen können, dass der Versammlungsleiter die Diskussion zu den einzelnen Beschlussgegenständen leitet, die Beschlussfähigkeit feststellt, die Beschlussgegenstände formuliert, die Abstimmung durchführt, die abgegebenen Stimmen auszählt und auswertet und schließlich den Beschluss verkündet. Dann geht es aber um weit mehr als bloße Schutzwirkungen, sondern um die Erfüllung der Leistungen zwischen Versammlungsleiter und Organwalter.[438] Die Organwalter sind Gläubiger im Sinne von § 241 Abs. 1 BGB, die vom Versammlungsleiter als Schuldner eine Leistung zu fordern berechtigt sind.

Das legt den Blick darauf frei, dass der im Gesellschaftsrecht entwickelte Vorstoß, das Schuldverhältnis zwischen Versammlungsleiter und Verband zu erblicken, noch einen Schritt weiter zu entwickeln und ein Schuldverhältnis nach § 241 Abs. 1 BGB *zwischen Versammlungsleiter und Organwalter* anzunehmen ist, nämlich grundsätzlich *mit Übernahme der Funktion* als Versammlungsleiter. Denn diese Sichtweise erlaubt eine einheitliche Konstruktion in allen privatrechtlichen Kollektivorganen. Wer als Gesellschafter in einer Gesellschafterversammlung einer Personengesellschaft, als Mitglied des Vorstands oder Aufsichtsrats oder als Mitglied des Gläubigerausschusses die Funktion des Versammlungsleiters übernimmt, begründet ein Schuldverhältnis zu den übrigen Organwaltern. Damit können vertraglicher Anspruch nach § 280 Abs. 1 BGB und Schaden bei den Organwaltern zusammenfallen, sodass es keiner Drittschadensliquidation und keines Vertrags mit Schutzwirkungen zugunsten Dritter bedarf.[439]

---

[437] So die Begründung von *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 165 für die GmbH.

[438] Dazu, dass bei einem Vertrag mit Schutzwirkung der Dritte keinen Erfüllungsanspruch auf die vertragsgemäße Leistung hat, *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 33 Rn. 17; *Wörlen/Metzler-Müller*, Schuldrecht AT, 13. Aufl. 2018, Rn. 421a.

[439] Einen Sonderfall mag man noch in der Gläubigerversammlung erblicken, die vom Gericht geleitet wird (§ 76 Abs. 1 InsO). Ein vertragliches Schuldverhältnis im Sinne von § 241 Abs. 1 BGB ist zwischen Gericht und einzelnem Gläubiger zwar abwegig, denkbar sind aber Amtshaftungsansprüche nach § 839 BGB (vgl. *Herzig*, in: Braun, InsO, 7. Aufl. 2017, § 78 Rn. 15). Das praktische Bedürfnis nach einer Haftung des Versammlungsleiters – also des Richters oder Rechtspflegers (§§ 2 Nr. 2e, 18 Abs. 2 Satz 1 RPflG) – ist hier jedoch weniger hoch, was schon der Befund aus der Praxis zeigt. Eine Amtspflichtverletzung bei der Leitung der Gläubigerversammlung musste – soweit ersichtlich – in der Rechtsprechung noch nicht festgestellt werden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

VIII. Niederschrift und Handelsregistereintragung als Wirksamkeitserfordernisse für den Beschluss

In einigen wenigen, aber wichtigen Fällen stellt sich die Frage, ob der Weg zum wirksamen Beschluss durch besondere Wirksamkeitserfordernisse verlängert wird. Dies sind zum einen Fälle, in denen der Gesetzgeber die Niederschrift über die Beschlussfassung als besonderes Wirksamkeitserfordernis vorschreibt, zum anderen gesetzgeberische Regelungen, wonach nach der Beschlussfassung noch eine Eintragung in das Handelsregister vorzunehmen ist.

1. Niederschrift als Formerfordernis

Prominentes Beispiel für die Niederschrift ist das Erfordernis in § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG, wonach jeder Beschluss der Hauptversammlung durch eine über die Verhandlung notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden ist. Soweit keine Beschlüsse gefasst werden, für die das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt, bedarf es bei nichtbörsennotierten Gesellschaften zumindest einer Niederschrift, die durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu unterzeichnen ist.[440] Wie wichtig dem Gesetzgeber dieses weitere Erfordernis ist, zeigt § 241 Nr. 2 AktG, wonach ein Beschluss der Hauptversammlung, der *nicht* nach § 130 Abs. 1 und 2 Satz 1 und Abs. 4 AktG beurkundet ist, nichtig ist. Allerdings ermöglicht § 242 Abs. 1 AktG die Heilung, wenn der Beschluss in das Handelsregister eingetragen worden ist.

Niederschriften über Beschlussfassungen sind im Übrigen nicht grundsätzlich gefordert und insbesondere – wenn sie ausnahmsweise gefordert werden – nicht grundsätzlich eine Wirksamkeitsvoraussetzung[441]. So wird für viele andere Kollektivorgane wie etwa den mehrköpfigen Vorstand, den Aufsichtsrat und die Gesellschafterversammlungen in den Personengesellschaften kein Niederschriftserfordernis aufgestellt. Im Wohnungseigentumsrecht, welches zwar in § 24 Abs. 6 WEG verlangt, dass über die Versammlung eine Niederschrift aufzunehmen ist, wird nicht geregelt, dass deren Fehlen die gefassten Beschlüsse unwirksam mache.[442]

Kann also aus einer Formvorschrift wie § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG, die der Rechtssicherheit dient und eine Beweisfunktion hat,[443] abgeleitet werden, dass die

[440] Siehe *Hoffmann-Becking*, NZG 2017, 281, 289 zu der Frage, ob das qualifizierte Mehrheitserfordernis aus dem Gesetz oder der Satzung folgen muss.

[441] *Mülbert*, in: Großkommentar AktG, 5. Aufl. 2017, § 130 Rn. 71 und *Hoffmann-Becking*, NZG 2017, 281, 289 bezeichnen § 130 Abs. 1 AktG als Wirksamkeitserfordernis.

[442] *Riecke*, in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 24 Rn. 79; *Becker*, ZWE 2016, 2, 3; *Engelhardt*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 24 WEG Rn. 50; *Fleischer/Eschwey*, DB 2018, 810, 815; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 24 WEG Rn. 52.

[443] *Herrler*, in: Grigoleit, AktG, 2013, § 130 Rn. 52; *Drinhausen*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 130 Rn. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Beschlussprozedur eine andere wäre als bei Beschlüssen, die kein Niederschriftserfordernis haben?

Das lässt sich so nicht bejahen. Zwar ist das Nichtbefolgen des Formerfordernisses – wie auch sonst bei § 125 BGB – mit einer erheblichen Rechtsfolge versehen, die Beschlussprozedur als solches ist gleichwohl unverändert. Vergleicht man das Erfordernis einer Niederschrift durch (im Regelfall[444]) den Notar mit der Beurkundung eines Vertrages, wird man sogar sagen können, dass trotz der Beteiligung des Notars die Beschlussprozedur weniger beeinflusst wird als der sonst übliche Mechanismus beim Vertragsschluss. Denn trotz Niederschrift durch den Notar werden die Stimmen gegenüber dem Versammlungsleiter – und nicht etwa dem Notar – abgegeben und das Abstimmungsergebnis vom Versammlungsleiter – und nicht dem Notar – verkündet.[445] So scheint Einigkeit zu bestehen, dass der Notar den Versammlungsleiter nicht ersetzt und auch nicht auf derselben Stufe wie der Versammlungsleiter steht.[446] Deshalb zählt auch nicht der Notar die abgegebenen Stimmen aus, sondern der Versammlungsleiter.[447] Die Feststellung, ob für das jeweilige Mehrheitserfordernis ausreichend Stimmen abgegeben wurden, wie mit Stimmverboten und ähnlichen Sonderfällen umzugehen, und mit welchem Inhalt ein Beschluss zu verkünden ist, trifft nicht der Notar, sondern der Versammlungsleiter.[448] Der Notar hingegen gibt nur seine Wahrnehmungen über die Beschlussprozedur wieder.[449] Einfach ausgedrückt ist der Notar nur zur Beurkundung anwesend,[450] nicht aber für die Beschlussprozedur zuständig. Deshalb ist, wenn Verkündung und Niederschrift einmal auseinanderfallen sollten, allein entscheidend, was der Versammlungsleiter verkündet und nicht, was der Notar beurkundet hat. Der Ablauf beim Vertragsschluss, wenn dieser der notariellen Beurkundung unterliegt, ist also weit mehr vom Regelfall entfernt als der Beschluss, wenn dieser ausnahmsweise der notariellen Beurkundung unterliegt.[451]

Wird das gesetzlich angeordnete Formerfordernis nicht eingehalten, also etwa der Beschluss entgegen § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG nicht durch notariell aufgenommene

[444] Bei § 130 Abs. 1 Satz 2 AktG durch den Vorsitzenden des Aufsichtsrats.

[445] *Selter*, ZIP 2018, 1161, 1166.

[446] *Heckschen*, in: Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, D. III. Rn. 203 ff.

[447] *Heckschen/Keußlein*, NZG 2018, 401, 404.

[448] *Rohleder*, GmbHR 1989, 236, 239; knapp, aber im Ergebnis ebenso *Seibt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 48 Rn. 53 („beurkundende Notar hat kein verbindliches Beschlussfeststellungsrecht"); *Heckschen/Keußlein*, NZG 2018, 401, 404; ähnlich ferner *Selter*, ZIP 2018, 1161, 1166 und 1168, wonach der Notar das Abstimmungsergebnis nicht selbst zu würdigen habe.

[449] BGH, Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 185/07 (Kirch/Deutsche Bank), NZG 2009, 342; *Heckschen/Keußlein*, NZG 2018, 401, 407. In der genannten Entscheidung spricht der BGH deshalb auch davon, dass die Niederschrift „den Charakter eines Berichts" habe. Das zeigt, dass es weniger um eine veränderte Beschlussprozedur als vielmehr um eine reine Formfrage geht.

[450] *Wendt*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 205.

[451] Vgl. oben § 4 VI. 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Niederschrift beurkundet, ist der gefasste Beschluss nach richtigem Verständnis auch nicht etwa schwebend unwirksam,[452] sondern „schlicht" unwirksam. Das Problem besteht dann nicht auf Tatbestandsebene, sondern auf der Ebene der Wirksamkeit.[453] Solange die Niederschrift nicht erstellt und in den Verkehr gegeben ist, versteht der BGH den Beurkundungsvorgang zu Recht als noch nicht i. S. v. § 44a Abs. 2 BeurkG abgeschlossen.[454] Demzufolge ist es folgerichtig, wenn der BGH – fehlt die Beurkundung – für den Beschluss den Nichtigkeitsgrund nach § 241 Nr. 2 AktG zitiert, wonach ein Beschluss nichtig ist, wenn er nicht nach § 130 Abs. 1 und 2 Satz 1 und Abs. 4 beurkundet ist.[455] Lediglich aufgrund einer besonderen gesetzlichen Regelung (§ 242 Abs. 1 AktG) kann die Nichtigkeit mit Eintragung im Handelsregister geheilt werden. Diese Feststellung ist auch deshalb wichtig, weil es nach der hier noch darzustellenden Sichtweise schwebend unwirksame Beschlüsse schon grundsätzlich nicht gibt.[456]

Folglich bestehen keine Zweifel, dass auch ein besonderes Formerfordernis, wie die Niederschrift, die Beschlussprozedur unverändert lässt.[457]

2. Handelsregistereintragung

Beispiele für Handelsregistereintragungen, die nach der Beschlussfassung notwendig werden, sind die Beschlüsse der Hauptversammlung auf Änderung der Satzung (§ 179 Abs. 1 Satz 1 AktG), die nicht nur ein besonderes Mehrheitserfordernis verlangen (Abs. 2), sondern ausweislich § 181 Abs. 1 Satz 1 AktG auch zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sind. Notwendig ist diese Handelsregistereintragung deshalb, da die mit dem Beschluss bezweckte Änderung der

[452] So aber *Hoffmann-Becking*, NZG 2017, 281, 290; wie hier hingegen *Habersack*, ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, S. 23, 24.

[453] *Habersack*, ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, S. 23, 24. Daher ferner zutreffend der Hinweis von *Selter*, ZIP 2018, 1161, 1169, dass der Beschluss mit Abschluss der Beurkundung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Beschlussfassung „wirksam" werde.

[454] BGH, Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 185/07, NZG 2009, 342.

[455] BGH, Urt. v. 16.02.2009 – II ZR 185/07, NZG 2009, 342, Tz. 14. Etwas irreführend ist lediglich der Zusatz, wonach die Nichtigkeit gemäß § 241 Nr. 2 AktG ohne fertiggestellte Niederschrift „in der Schwebe" bleibe. Gemeint ist hier wohl nur, dass die Niederschrift nicht am Tag der Beschlussfassung fertiggestellt werden muss (Tz. 14). Anhaltspunkte dafür, dass der BGH den Beschluss als solchen als schwebend unwirksam einschätzen würde, gibt es in der Entscheidung nicht.

[456] Ausführlich noch in § 10. Im Ergebnis übereinstimmend mit *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 126, wonach diese Ausnahmeregelungen „kein allgemeines Merkmal" des Beschlusses sind.

[457] Zumindest im Ansatz ähnlich, *Hoffmann-Becking*, NZG 2017, 281, 290, wenn es dort heißt, dass die Beurkundung keine zusätzliche Voraussetzung der Beschlussfassung sei, sondern lediglich eine Formvorschrift. Ferner wohl übereinstimmend mit *Selter*, ZIP 2018, 1161, 1169 aufgrund seines Hinweises, dass die Beschlussverkündung der Protokollierung vorverlagert sei und der Beschluss mit Abschluss der Beurkundung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Beschlussverkündung wirksam werde.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Satzung erst wirksam wird, wenn die Änderung in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingetragen worden ist (§ 181 Abs. 3 AktG). Den gleichen Mechanismus sieht auch das GmbH-Recht in den §§ 53 und 54 GmbHG vor. Insbesondere enthält § 54 Abs. 3 GmbHG eine wortgleiche Formulierung zur Wirkung der Handelsregistereintragung. Aus dem Bereich des Konzernrechts lassen sich noch Beispiele anführen, die zwar ähnlich konzipiert sind, den Fokus jedoch nicht auf den Beschluss, sondern den Vertrag legen, der mit einem vorausgegangenen Beschluss freigegeben worden ist. So muss beispielsweise die Hauptversammlung einem Unternehmensvertrag im Sinne von § 291 AktG zunächst durch Beschluss zustimmen (§ 293 Abs. 1 Satz 1 AktG). Der Unternehmensvertrag wird gleichwohl erst wirksam, wenn sein Bestehen in das Handelsregister des Sitzes der Gesellschaft eingetragen worden ist (§ 294 Abs. 3 AktG). Gewissermaßen zwischen den Formulierungen der Vorschriften über Satzungsänderungen bei Kapitalgesellschaften und den Unternehmensverträgen liegen die Formulierungen des Gesetzgebers im Umwandlungsrecht. So bedarf auch ein Verschmelzungsvertrag eines Beschlusses der beteiligten Rechtsträger (§ 13 Abs. 1 Satz 1 UmwG). Neben dem Verschmelzungsvertrag ist der Handelsregistereintragung auch der Verschmelzungsbeschluss beizufügen (§ 17 Abs. 1 UmwG). Erst die Eintragung der Verschmelzung löst die Wirkungen des § 20 UmwG aus.

Wirft man nun die oben gestellte Frage erneut auf, ob das Erfordernis einer Handelsregistereintragung die Beschlussprozedur verändert, müssen zuvorderst diejenigen Aussagen im Schrifttum Erwähnung finden, die auch bei noch ausstehender Handelsregistereintragung betonen, dass der Beschluss gleichwohl schon bestehe und im Innenverhältnis die Organwalter binde.[458] Auch wenn der Beschluss also vor der Eintragung im Handelsregister etwa die Satzung noch nicht ändert, wären Handlungen *gegen* diesen Beschluss pflichtwidrig. Dies überzeugt, denn der Beschluss kommt mit der Verkündung durch den Versammlungsleiter zustande und ist als Rechtsgeschäft damit in der Welt.[459] Einmal mehr zeigt sich nämlich, dass bei Verträgen und Beschlüssen genau zwischen dem Tatbestand und der Wirksamkeit zu unterscheiden ist.[460] Deshalb – und weil schwebend unwirksame Beschlüsse nicht möglich sind[461] – sind Wendungen im Schrifttum kritisch zu sehen, wonach der

[458] *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 54 Rn. 36; *Trölitzsch*, in: BeckOK GmbHG, 41. Ed. 01.11.2019, § 54 Rn. 15; *Gummert*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 54 GmbHG Rn. 20.

[459] Wie auch bei der Niederschrift ist bei einem etwaigen Auseinanderfallen zwischen dem Inhalt der Beschlussverkündung und dem Inhalt der Handelsregistereintragung allein die Verkündung entscheidend, da diese den Tatbestand erfüllt. Das Rechtsgeschäft ist damit entstanden, beispielsweise in Form eines Negativbeschlusses. Eine unrichtige Eintragung verändert das entstandene Rechtsgeschäft nicht. Zur Rechtsscheingrundlage des Handelsregisters bei richtiger Bekanntmachung, aber unrichtiger Eintragung siehe etwa *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 15 Rn. 18.

[460] Siehe oben in § 4.

[461] Ausführlich noch in § 10.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechtszustand schwebend unwirksam sei.[462] Wie später noch zu zeigen sein wird,[463] kann der Beschluss als Rechtsgeschäft bedenkenlos zustande kommen und steht hinsichtlich der Wirksamkeit mit der Handelsregistereintragung lediglich unter einer aufschiebenden Bedingung i. S. v. § 158 Abs. 1 BGB. Der Beschluss entfaltet also vor seiner Eintragung noch keine Rechtswirkung (vgl. § 158 Abs. 1 BGB), ist aber mit Blick auf den schon erfüllten Tatbestand nicht „rechtlich wirkungslos"[464]. Diese hier vorgeschlagene Konstruktion harmoniert mit dem Wortlaut des Gesetzgebers in Vorschriften wie § 54 Abs. 3 GmbHG und § 181 Abs. 3 AktG am besten, wonach die Abänderung „keine rechtliche Wirkung hat, bevor sie in das Handelsregister […] eingetragen ist" bzw. „erst wirksam wird, wenn sie in das Handelsregister […] eingetragen worden ist".

IX. Ergebnisse zur Beschlussprozedur

Als Fundament für die nachfolgenden Untersuchungen ist nach alldem festzuhalten, dass nicht nur bei Verträgen, sondern auch bei Beschlüssen genau zwischen Tatbestand und Wirksamkeit unterschieden werden kann.[465] Der Tatbestand des Beschlusses enthält zwei Merkmale, die zum „Abschluss" des Rechtsgeschäfts gehören, ferner zwei Merkmale, die für das „Zustandekommen" erforderlich sind. Gleich einer Vorbedingung kann der Versammlungsleiter mit der Beschlussprozedur beginnen, wenn Anforderungen an die Beschlussfähigkeit bestehen und er diese positiv festgestellt hat.[466] Beschlussantrag und Stimmabgaben gehören sodann zum „Abschluss" des Rechtsgeschäfts. Im Beschlussantrag sind die *essentialia et accidentalia negotii* enthalten.[467] Die dann gegenüber dem Versammlungsleiter abgegebenen Stimmen sind empfangsbedürftige Willenserklärungen, die inhaltlich auf ein JA oder NEIN reduziert sind. Stimmenthaltungen sind möglich, haben aber Einfluss auf das Erreichen des Mehrheitserfordernisses. Die Feststellung des Abstimmungsergebnisses und die Verkündung des Beschlusses durch den Versammlungsleiter gehören zum „Zustandekommen" des Rechtsgeschäfts.[468] Der Gesetzgeber erwähnt in den einzelnen Gesetzen das Tatbestandsmerkmal der Verkündung nur selten, in der Rechtsgeschäftslehre sind andere Vorgänge als Willenserklärungen für den Akt des Rechtsgeschäfts aber nicht unbekannt, wie etwa die Übergabe nach

[462] *Gummert*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 54 GmbHG Rn. 20.

[463] Ausführlich in § 10 II. 5.

[464] Überzeugend *Haberstock/Greitemann*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 181 Rn. 25. Ähnlich ferner *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 54 Rn. 36, wonach sich auch das Ausführungsorgan „schon vor der Eintragung entsprechend zu verhalten" habe.

[465] § 4 I.

[466] § 4 II.

[467] § 4 III.

[468] § 4 V. und VI.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 929 Satz 1 BGB zeigt.[469] Finalisierende Tatbestandsmerkmale, sogenannte Endakte, sind ebenfalls bekannte Mechanismen. Der Vergleich mit der notariellen Beurkundung nach den §§ 8 ff. BeurkG und mit dem gerichtlichen Vergleich nach § 278 Abs. 6 ZPO hat zahlreiche Parallelen zur Beschlussprozedur hervorgebracht und hat die Annahme gestützt, dass erst die Verkündung des Beschlusses die Beschlussprozedur abschließt.[470] Es konnte ferner gezeigt werden, dass die Verkündung ein Tatbestandsmerkmal darstellt und von den Wirksamkeitserfordernissen abzugrenzen ist. Dies hat sich nicht nur nach dem Ausschlussprinzip ergeben, sondern folgt auch aus der Funktion von Tatbestandsmerkmalen bzw. Wirksamkeitserfordernissen. Schließlich war denjenigen Versuchen entgegenzutreten, aus dem Prozessrecht Anforderungen für die Rechtsgeschäftslehre zu folgern. Die hier entwickelte Beschlussprozedur ist vielmehr für sämtliche Beschlüsse anwendbar und muss nicht danach angepasst werden, ob der Beschluss prozessual mit einer fristgebundenen Anfechtungsklage oder einer allgemeinen Feststellungsklage überprüft wird.[471]

Obwohl die Beschlussprozedur Legitimationsgrundlage des Beschlusses und daher von gewissen Förmlichkeiten geprägt ist, ist eine konkludente Verkündung des Beschlusses denkbar, genauso wie die Organwalter das Abstimmungsergebnis selbst feststellen und verkünden können.[472] Fehlt es jedoch sowohl an einer ausdrücklichen als auch konkludenten Verkündung und liegen auch sonst keine Sonderfälle vor, wie die Verkündung des Beschlusses durch einen *ad hoc* mit einfacher Mehrheit gewählten Versammlungsleiter, verbleibt noch die Möglichkeit, den Tatbestand des Beschlusses mithilfe des Gerichts zu komplettieren. Die statthafte Klageart hierzu ist nicht die positive Beschlussfeststellungsklage, sondern die Gestaltungsklage. Mit Rechtskraft des Gestaltungsurteils ist der Beschluss als Rechtsgeschäft entstanden.[473]

Tatbestandlich nicht entstandene Beschlüsse werden in der Praxis zwar teils gelebt, eine Lehre vom faktischen Beschluss ist jedoch nicht begründbar.[474]

Innerhalb der Beschlussprozedur hat sich der Versammlungsleiter als Schlüsselfigur erwiesen. Seine Kompetenz, die Beschlussprozedur zu leiten und das Abstimmungsergebnis festzustellen und zu verkünden folgt aus seiner Funktion als Versammlungsleiter.[475] Diese Funktion kann kraft Gesetzes, durch Vertrag oder durch Verfahrensbeschluss eingeräumt werden. Der Verfahrensbeschluss bedarf, wie auch sonst, nur einer einfachen Mehrheit.[476]

---

[469] § 4 VI. 3.
[470] § 4 VI. 4 und 5.
[471] § 4 VI. 6.
[472] § 4 VI. 7.
[473] § 4 VI. 7. a) und b).
[474] § 4 VI. 9.
[475] § 4 VII.
[476] § 4 VII. 1. f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Erkennt der Versammlungsleiter Fehler bei der Beschlussprozedur, hat er auf diese zwar hinzuweisen, die Beschlussprozedur aber gleichwohl abzuschließen. Der Streit um die Verkündung rechtswidriger Beschlüsse ist vorrangig über die Rechtsgeschäftslehre zu lösen und das Rechtsgeschäft – der Beschluss – zuvorderst zur Entstehung zu bringen.[477]

Aufgrund der herausgehobenen Funktion des Versammlungsleiters ist schließlich eine persönliche Haftung gegenüber den Organwaltern denkbar und im Falle eines eingetretenen Schadens über § 280 Abs. 1 BGB zu prüfen. Dabei besteht das Schuldverhältnis zwischen dem Versammlungsleiter und dem einzelnen Organwalter.[478]

Im Übrigen verändern auch Sonderfälle wie die Niederschrift über die Beschlussfassung oder die Eintragung des Beschlusses im Handelsregister die Beschlussprozedur nicht. Der Tatbestand des Beschlusses wird insoweit nicht erweitert, bestimmte Wirkungen treten aber erst ein, wenn besondere Wirksamkeitserfordernisse erfüllt sind. Zu diesen Wirksamkeitserfordernissen zählen Formvorschriften und Eintragungen in Register.[479]

[477] § 4 VII. 2.
[478] § 4 VII. 3.
[479] § 4 VIII.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 5 Der Beschluss als Entscheidung für das Kollektivorgan

Während Vertragsparteien Rechtsgeschäfte meist für sich selbst abschließen und Verträge zugunsten Dritter nach § 328 BGB die Ausnahme sind, kann bei Beschlüssen genauer unterschieden werden. Bei Verträgen würde im Ausgangspunkt niemand die Wertung in Frage stellen, dass etwa der Käufer den Kaufvertrag oder der Mieter den Mietvertrag für sich abschließt. Dabei wird sich eine Vertragspartei typischerweise auf den Abschluss derjenigen Rechtsgeschäfte beschränken, über deren Inhalt sie selbst verfügen kann. Bei Verpflichtungsgeschäften wie dem Kaufvertrag kann dies damit begründet werden, dass sich dem Verpflichtungs- ein Verfügungsgeschäft anschließt und im Ausgangspunkt nur ein Berechtigter über einen Gegenstand verfügen kann.[1]

Dahingegen beteiligt sich beispielsweise das Aufsichtsratsmitglied an dem Beschluss, mit dem ein Vorstandsmitglied bestellt wird, nicht weil es sich um ein Rechtsgeschäft für das Aufsichtsratsmitglied persönlich handelt, sondern um eine Entscheidung für das Organ „Aufsichtsrat" zu treffen, die am Ende dem Verband – der Aktiengesellschaft – zugerechnet wird.[2] Die einzelnen Organwalter,[3] die Beschlüsse im Regelfall in einer Versammlung fassen, geben zwar eine eigene Willenserklärung ab, treffen die Entscheidung aber nicht für sich selbst, sondern für das Kollektivorgan, dem sie angehören.[4] Auch bei Mehrheitsentscheidungen und selbst bei nur „hauchdünnen" Mehrheiten ist die Aussage richtig, dass *das Kollektivorgan* eine Entscheidung getroffen hat (etwa: „Der Aufsichtsrat hat beschlossen").

Das Zivilrecht geht hier gleichwohl transparenter vor als das Zivilverfahrensrecht, wo für die Spruchkörper das sogenannte Beratungsgeheimnis gilt (§ 43 DRiG, § 193

---

[1] Anders gewendet kann der Abschluss eines Rechtsgeschäfts über einen Inhalt, über den ein Vertragspartner nicht verfügen kann, zu Sekundärrechten führen (etwa Rücktritts- oder Kündigungsrechte sowie Schadensersatz).

[2] Exemplarisch aus der Rechtsprechung des Gesellschaftsrechts BGH, Urt. v. 17.05.1993 – II ZR 89/92, NJW 1993, 2307. Ausführlich zur Amtswalterzurechnung *Jacoby*, Das private Amt, S. 208; *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 45 und 58. Grundlegend zur Zurechnung beim Beschluss *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 12.

[3] Zur Terminologie s. oben in § 2 und exemplarisch *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 44; *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 8.

[4] *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 320; *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 77. Deshalb werden die abgegebenen Stimmen dem entsprechenden Organ zugerechnet, *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 1 b; *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 46; *Ernst,* Der Beschluss als Organakt in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 5.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

GVG). Dieses umfasst insbesondere, dass die einzelnen Amtsträger Dritten gegenüber nicht mitteilen dürfen, wer die jeweilige Stimme in welcher Weise abgegeben hat.[5] Gegenüber der Öffentlichkeit soll der Eindruck entstehen, dass „die Kammer" oder „der Senat" die Entscheidung getroffen hat und letztlich damit etwa „das Landgericht" oder „das Oberlandesgericht". Richter, die sich des Beratungsgeheimnisses bewusst sind, würden also auch auf Nachfrage nicht mitteilen, wie die einzelnen Mitglieder des Spruchkörpers abgestimmt haben. Es ist sogar gewollt, dass sich die Amtsträger nach der Entscheidung zum Schutz ihrer Unbefangenheit[6] hinter ihrem Spruchkörper, gar dem Gericht, „verstecken". Für das materielle Zivilrecht typisch,[7] ist die dortige Entscheidungsfindung weniger entpersonalisiert und deutlich mehr auf die einzelnen Organwalter bezogen. Beispielsweise würde man nach einer Beschlussfassung in der Hauptversammlung ohne Weiteres sagen können, dass die eine oder andere Entscheidung maßgeblich von den Hauptaktionären A, B und C getragen oder sogar gegen den Willen der Minderheitsaktionäre durchgesetzt wurde. Von einem Zivilsenat beim Bundesgerichtshof würde man kaum je hören, dass die Richter A, B und C die Entscheidung gegen die Senatsmitglieder D und E durchgesetzt haben. Der Fokus liegt im materiellen Zivilrecht also deutlich mehr auf dem Organwalter und etwas weniger auf dem Kollektivorgan – um im Beispiel zu bleiben: der Hauptversammlung – und nochmal etwas weniger auf der Gemeinschaft bzw. dem Verband. Bildlich gesprochen entspricht es der Rechtstradition im deutschen Zivilverfahrensrecht, die Zurechnungskette vom Amtsträger über den Spruchkörper zum Gericht zügig und möglichst unauffällig zu durchlaufen, während im Zivilrecht zwar auch eine Zurechnungskette vom Organwalter über das Kollektivorgan zur Gemeinschaft bzw. zum Verband vorliegt, der einzelne Organwalter aber viel intensiver betrachtet wird.

I. Zurechnung des Beschlusses zur Gemeinschaft bzw. zum Verband

Die Entscheidung des Kollektivorgans wird, nachdem sie tatbestandlich entstanden ist, der Gemeinschaft bzw. dem Verband zugerechnet.[8] Das fußt auf dem seit Langem anerkannten Verständnis, dass den Kollektivorganen selbst keine allgemeine Rechtsfähigkeit zukommt und sie daher Rechte und Pflichten auch nicht

[5] *Staats*, Deutsches Richtergesetz, 2012, § 43 Rn. 2. Siehe zum Sonderfall der Sondervoten bei den Senaten des Bundesverfassungsgerichts § 30 Abs. 2 BVerfGG.

[6] *Staats*, Deutsches Richtergesetz, 2012, § 43 Rn. 2. Zu diesem Schutz aus der Praxis etwa KG, Beschl. v. 14.12.2017 – (4) 121 Ss 127/17, NStZ 2018, 491, Tz. 27.

[7] Siehe zum Anspruchssystem des Zivilrechts noch das Kapitel zur geheimen Stimmabgabe in § 15 II.

[8] *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 1 b; *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 274.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gerichtlich geltend machen können sollen.[9] Organstreitigkeiten wie im Verfassungsrecht, wo den einzelnen Organen direkt einklagbare Rechte zugebilligt werden,[10] sind im Zivilrecht in dieser Form gesetzlich nicht geregelt.[11] Gemeinschaft oder Verband hingegen haben selbst keinen natürlichen Willen.[12] Sie handeln aber durch (Kollektiv-)Organe, in denen natürliche (teils auch juristische[13]) Personen den eigentlichen Willen bilden. Die Zurechnung des Willens an die Gemeinschaft bzw. den Verband gleicht damit die „Unfähigkeit der Personenmehrheiten zu natürlicher Willensbildung“[14] aus.

Das Organ übt dabei bestimmte Funktionen aus, wie der aktienrechtliche Aufsichtsrat beispielsweise die Funktion hat, das Leitungsorgan des Verbands (Vorstand) zu überwachen (§ 111 Abs. 1 AktG) oder die Wohnungseigentümerversammlung einen Verwalter bestellt, der sodann die Gemeinschaft vertritt (§§ 26 Abs. 1 Satz 1, 27 Abs. 2 Nr. 1 WEG[15]).

1. Zurechnungsketten

Damit sind zwei Zurechnungen hintereinandergeschaltet:[16] Die vom Organwalter zum Organ und die vom Organ zur Gemeinschaft bzw. zum Verband. Die Woh-

[9] Exemplarisch aus dem Gesellschaftsrecht BGH, Urt. v. 17.05.1993 – II ZR 89/92, NJW 1993, 2307, 2308. Aus jüngerer Zeit siehe für das Stiftungsrecht und einen dortigen Inter-Organstreit OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 25.09.2018 – 5 U 130/08, NZG 2019, 22, Tz. 31.

[10] Vgl. Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG, § 13 Nr. 5 BVerfGG.

[11] Ob innerhalb eines Kollektivorgans einzelne Organwalter um die Wirksamkeit eines Beschlusses streiten können, ob also etwa eine Anfechtungsklage ähnlich §§ 243, 246 AktG auch innerhalb des Vorstands möglich ist, ist noch ungeklärt (Intra-Organstreit). Gleiches gilt für den Inter-Organstreit zwischen mehreren Organen. Vgl. aus der Rechtsprechung etwa OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 25.09.2018 – 5 U 130/08, NZG 2019, 22, Tz. 31 ff. und aus dem Schrifttum etwa *J. Koch*, 72. DJT, Band 1, F 95 ff.

[12] *Winnefeld*, DB 1972, 1053.

[13] So kann innerhalb des Organs „Gesellschafterversammlung“ eine Gesellschafterin wiederum eine (Kapital-)Gesellschaft sein, die ihren Willen erneut durch ein Organ und innerhalb diesem durch natürliche Personen bildet. Das kann zugleich konzernrechtliche Fragen aufwerfen (§§ 15 ff. AktG), kann aber auch schlicht die Feststellung sein, dass eine juristische Person Gesellschafter einer (Personen- oder Kapital-)Gesellschaft sein kann (vgl. nur *Schäfer*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 76).

[14] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 51.

[15] Die allgemeine Vertretungsregelung soll nach dem WEMoG (RegE vom 23.03.2020) künftig in § 9b WEG geregelt werden. Dazu *Skauradszun*, ZRP 2020, 34; *Skauradszun/Harnack*, AnwZert MietR 13/2020, S. 1, 3.

[16] Von *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 45 als „Mechanismus doppelter Zurechnung“ bezeichnet. So auch vom BGH praktiziert etwa im Urt. v. 08.12.1989 – V ZR 246/87, BGHZ 109, 327, NJW 1990, 975, 976. Ebenso ferner *Jacoby*, Das private Amt, S. 213; *Altmeppen*, GmbHR 2018, 225, 228. Kritisch aus dem älteren Schrifttum *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 305; ablehnend ferner *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesell-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nungseigentümer beschließen als Organwalter eine Angelegenheit für das Organ Wohnungseigentümerversammlung, die Mitglieder des Aufsichtsrats als Organwalter des Organs Aufsichtsrat, die Mitglieder des Gläubigerausschusses als Organwalter des Organs Gläubigerausschuss. In all diesen Fällen ist der Beschluss *nach innen* gerichtet, dient also der innerorganisatorischen Willensbildung (Innenverhältnis).[17] Daran zeigt sich, dass diese Art Rechtsgeschäfte zu Recht Rechtsgeschäfte eigener Art sind. Denn in der „vertraglich gefärbten" Rechtsgeschäftslehre werden Rechtsgeschäfte häufig abgeschlossen, um damit am Rechtsverkehr teilzunehmen, wie etwa der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer einstellt, der Verpächter eine Sache verpachtet und der Zahlungsdienstleister für den Zahlungsdienstnutzer eine Zahlung ausführt.

Vom Ergebnis her gesprochen ist der Beschluss das Arbeitsprodukt des Organs, das am Ende eines – mal sehr formalen, mal eher unförmlichen – Verfahrens steht.[18] Diese Vorstellung trifft gleichermaßen zu, gleich ob das Kollektivorgan eine Mitgliederversammlung des Vereins, eine Gesellschafterversammlung einer GmbH, ein mehrköpfiger Vorstand der Aktiengesellschaft, ein Gläubigerausschuss oder eine Wohnungseigentümerversammlung ist.[19]

Der Beschluss ist – neben seiner Eigenschaft als Rechtsgeschäft – damit auch ein Organakt des Organs, nicht aber ein Rechtsgeschäft der einzelnen Organwalter.[20] Sobald ein Beschluss entstanden ist, rückt (zunächst) in den Hintergrund, welche Mitglieder des Organs für oder gegen den Beschlussantrag gestimmt haben.[21] Im

---

schafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 340, der meint, dass es einer Zurechnung nicht bedürfe, da Organhandeln Handeln des Rechtsträgers selbst sei.

[17] Schon die Motive zum BGB (siehe *Mugdan,* Band I, S. 410) sprechen von der Willensbetätigung in einer Versammlung, um die inneren Angelegenheiten zu klären. Ferner so *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 303; *Slabschi*, Die sogenannte rechtsmißbräuchliche Anfechtungsklage, S. 51 (für die Aktiengesellschaft); *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 52; *Bork,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 13 Rn. 436; *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 17 Rn. 49 und 59 (für den Verein) und § 29 Rn. 10 (allgemein); *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, vor §§ 23 ff. Rn. 2 (für die Wohnungseigentümerversammlung); *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 14. Anders jedoch *Abramenko*, ZWE 2013, 395, der auch eine Doppelnatur zwischen innerorganisatorischer Willensbildung und äußerer Umsetzung sehen will (dazu in § 12 IV.).

[18] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 14.

[19] *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 1 a: „Der Beschluss ist die Entscheidung eines Kollektivorgans über einen Antrag"; ähnlich *Ernst,* Der Beschluss als Organakt in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 5. Für den Verein exemplarisch *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 17 Rn. 46. Für die GmbH exemplarisch *Drescher*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 47 Rn. 7.

[20] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 8; *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 275; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 11 f. hingegen sieht zwischen Rechtsgeschäft und Organakt einen Gegensatz.

[21] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 141; *Ernst,* Der Beschluss als Organakt in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 8.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vordergrund steht vielmehr, dass die Hauptversammlung, der Aufsichtsrat oder die Wohnungseigentümerversammlung eine Entscheidung in Form eines Beschlusses getroffen hat. Unscharf ist daher die Wendung, „die Gesellschafter haben beschlossen", auch wenn der Gesetzgeber diese Unschärfe vielerorts selbst in den Normtext gebracht hat. Das lässt sich etwa an § 46 GmbHG mit seiner amtlichen Überschrift „Aufgabenkreis der Gesellschafter" zeigen. Die Gesellschafter haben lediglich Stimmen abgegeben, also die dem Beschluss zugrunde liegenden Willenserklärungen. Die Entscheidung hat aber *das Organ* getroffen. § 46 GmbHG hätte deshalb besser vom Aufgabenkreis der „Gesellschafterversammlung" gesprochen.[22] Zutreffend ist hingegen die Formulierung „der Aufsichtsrat hat entschieden". Nur letztere Wendung betont hinreichend das zuständige Organ und nicht die dahinter (zunächst) verschwindenden Organwalter.[23]

Soweit im Schrifttum ein Gegensatz zwischen dem Beschluss als Rechtsgeschäft oder dem Beschluss als Organakt gesehen wird,[24] wird dieser Gegensatz hier nicht erkannt. Vielmehr ist der Beschluss ein Rechtsgeschäft im Sinne der Rechtsgeschäftslehre und zugleich ein dem Verband zuzurechnendes Rechtsgeschäft des Kollektivorgans und damit ein Organakt. Die erstgenannte Eigenschaft betont mehr die Rolle innerhalb der Rechtsgeschäftslehre, der Begriff des Organakts zeigt die verbandsrechtliche Dimension eines Beschlusses. Beides schließt sich nicht aus, sondern geht Hand in Hand.

So sehr die gerade skizzierte zweifache Zurechnung von den Organwaltern zum Organ und von dem Organ zur Gemeinschaft bzw. zum Verband auch gefestigt ist, finden sich bis heute immer wieder Aussagen renommierter Autoren, die diese beiden Zurechnungen bei der Beschlussprozedur unterlaufen und die genaue Unterscheidung des Verbands und seiner Organe, einschließlich den damit verbundenen Zuständigkeiten und Funktionen aufheben wollen. Exemplarisch soll an dieser Stelle die Darstellung des Beschlusses und der Beschlussprozedur von W. Bayer genannt sein, der für das GmbH-Recht diesen Bereich des Verbandsrechts so darstellt, dass Empfänger der Stimmabgaben in der Gesellschafterversammlung nicht der Versammlungsleiter sei, sondern die Gesellschaft.[25] Diese würde dabei durch den Versammlungsleiter vertreten werden.[26] Die zweifache Zurechnung von den Organwaltern zum Organ und von dem Organ zum Verband sei damit obsolet. Derartige Darstellungen führen zu komplexen Friktionen bei der Beschlussprozedur, wie es das vorangegangene Kapitel gezeigt hat (§ 4).

---

[22] Vertiefend zur rechtlichen Zuordnung bei der GmbH-Gesellschafterversammlung *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 123 ff.

[23] Ähnlich *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 276, der zum einen den Beschluss als „Akt der Versammlung" bezeichnet, zum anderen betont, dass es – ist der Beschluss einmal gefasst – nicht auf die konkret abstimmenden Organwalter ankommen könne.

[24] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 11 f.

[25] *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 47 Rn. 2.

[26] *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 47 Rn. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Der Mechanismus der doppelten Zurechnung und prozessuale Implikationen

Abschließend soll gezeigt werden, dass dogmatische und praktische Friktionen entstehen, wenn der Mechanismus der doppelten Zurechnung nicht beachtet wird. Schon im Zuge der letzten Reform des Wohnungseigentumsgesetzes, vermehrt aber in jüngerer Zeit sind Arbeiten erschienen, die die Konstruktion der wohnungseigentumsrechtlichen Anfechtungsklage nach § 46 Abs. 1 Satz 1 WEG kritisieren, wonach der klagende Wohnungseigentümer seine Anfechtungsklage gegen die „übrigen Wohnungseigentümer" zu richten hat.[27] Unabhängig von der prozessrechtlichen Frage, ob die übrigen Wohnungseigentümer zusammen prozessführungsbefugt sind[28] und unabhängig von den vielen praktischen Problemen, die diese Konstruktion auslöst, interessiert hier vor allem die Verbindung zur Rechtsgeschäftslehre.

Wenn man den Wortlaut des § 46 Abs. 1 Satz 1 WEG auf sich wirken lässt, scheint Streitgegenstand ein Beschluss *der Wohnungseigentümer* zu sein, weshalb es dann auch stimmig wäre, dass derjenige Wohnungseigentümer, der mit dem Beschluss nicht einverstanden ist, seine Klage gegen die *übrigen Wohnungseigentümer* richten muss.

Da aber oben in § 4 erarbeitet wurde, dass der Versammlungsleiter mit der Verkündung des Beschlusses das Rechtsgeschäft zur Entstehung bringt und sodann in § 5 I. herausgearbeitet wurde, dass es sich um eine Entscheidung für das Kollektivorgan handelt, die unmittelbar der Gemeinschaft zugerechnet wird, fügt sich die Konstruktion des § 46 Abs. 1 Satz 1 WEG nicht in dieses Verständnis ein. Stimmig wäre nach dem Mechanismus der doppelten Zurechnung allein, dass die Wohnungseigentümer den Beschluss für die Wohnungseigentümerversammlung fassen und die Willensbildung des Kollektivorgans unmittelbar der Gemeinschaft zugerechnet wird.[29] Mit dem Abschluss der Beschlussprozedur wäre damit ein etwaiger Angriff auf den Beschluss mittels der Anfechtungsklage ausschließlich gegen die Gemeinschaft zu führen.[30] Denn die Wohnungseigentümer selbst sind nur Organwalter des Kollektivorgans und das Kollektivorgan als solches hat keine eigene

[27] Schon früh kritisch etwa *Armbrüster*, ZWE 2006, 470, 471 und *Elzer*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 46 Rn. 122 ff.; Änderungen gefordert etwa von *Bonifacio*, ZWE 2011, 105; als „sinnfrei" von *Dötsch*, NZM 2013, 67, 68 bezeichnet. Jüngst nun mit einer Vielzahl von Beispielen, wo die Konstruktion des § 46 Abs. 1 Satz 1 WEG zu Problemen führt *Zschieschack*, ZWE 2017, 22; *Jacoby*, ZMR 2018, 393.

[28] *Jacoby*, ZMR 2018, 393 f.

[29] Oben in § 5 I.

[30] Überzeugender daher das WEMoG (RegE vom 23.03.2020), wonach nach § 44 Abs. 2 Satz 1 WEG-E die „Klagen […] gegen die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zu richten [sind]". Dazu *Skauradszun*, ZRP 2020, 34, 36. Auch das MoPeG (Entwurf der Expertenkommission vom April 2020) sieht in § 714d Abs. 2 Satz 1 BGB-E vor, dass die Anfechtungsklage gegen einen Gesellschafterbeschluss in einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegen die Gesellschaft zu richten ist. Über § 105 Abs. 2 HGB-E soll dies auch für die offene Handelsgesellschaft so gelten.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechtsfähigkeit und könnte daher auch nicht klagen oder verklagt werden.[31] Es ist daher nicht überzeugend, mit Abschluss der Beschlussprozedur zwei Zurechnungen durchlaufen zu haben, im Moment der Anfechtungsklage dann aber die Zurechnungskette „zurückzuspulen" und wieder auf die Ausgangsebene abzustellen, nämlich die übrigen Wohnungseigentümer.[32] Wer der Wertung folgt, dass Gemeinschaften und Verbände deshalb mittels Organe organisiert sind, um einen Willen bilden zu können und Funktionen innerhalb der Gemeinschaft bzw. des Verbands zuzuordnen, ferner der Wertung folgt, dass ab Entstehung des Beschlusses der einzelne Organwalter in den Hintergrund rückt,[33] wird bei einem Angriff auf den im Organ gebildeten Willen auf genau dieser obersten Ebene ansetzen müssen, mithin auf Ebene der Gemeinschaft bzw. des Verbands. Denn diese steht im Vordergrund, nicht der einzelne Organwalter.

Dogmatisch überzeugend hat der Gesetzgeber die Anfechtungsklage im Aktienrecht konstruiert, da er hier in § 246 Abs. 2 Satz 1 AktG stimmig vorgesehen hat, dass die Klage gegen die Gesellschaft zu richten ist. Wenn nämlich die einzelnen Aktionäre als Organwalter im Kollektivorgan der Hauptversammlung einen Beschluss gefasst haben, ist dieser als Rechtsgeschäft der Aktiengesellschaft zuzurechnen.[34] Ein etwaiger Angriff auf dieses Rechtsgeschäft muss sich daher gegen die Aktiengesellschaft als Verband richten.

Dies alles zeigt, dass die genaue Unterscheidung, für wen die Organwalter den Beschluss fassen und wem diese Willensbildung unmittelbar zugerechnet wird, erhebliche Folgen für die Praxis hat und eine Fehlkonstruktion wie in § 46 Abs. 1 Satz 1 WEG jährlich negative Folgen für tausende von Wohnungseigentümern, Richtern, Geschäftsstellen und Beratern hat.

a) Beschlussersetzungsklagen im WEG

Ein verfahrensrechtlicher Gedanke soll die Verbindung zwischen Rechtsgeschäftslehre und Prozessrecht verdeutlichen: Treffen die Wohnungseigentümer eine nach dem Gesetz erforderliche Maßnahme nicht, kann das Gericht nach § 21 Abs. 8 WEG diese nach billigem Ermessen treffen (Beschlussersetzungsklage[35]). Diese

[31] Oben in § 5.

[32] *Skauradszun*, in: FS Riecke, 2019, 431, 433.

[33] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 141; *Ernst,* Der Beschluss als Organakt in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 8.

[34] *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 45 und 58. Exemplarisch aus der Rechtsprechung des Gesellschaftsrechts BGH, Urt. v. 17.05.1993 – II ZR 89/92, NJW 1993, 2307.

[35] So die Verschlagwortung etwa durch den BGH, Urt. v. 04.05.2018 – V ZR 203/17, NZM 2018, 611.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Klage ist *gegen die übrigen Wohnungseigentümer* zu richten.[36] Das liegt daran, dass hier noch kein Beschluss gefasst wurde und damit noch kein Rechtsgeschäft des Kollektivorgans der Gemeinschaft zugerechnet werden kann. Innerhalb der Zurechnungskette befindet sich die Beschlussprozedur noch im Ausgangsstadium, sodass die Klage gegen die übrigen Wohnungseigentümer Rechtsgeschäftslehre und Prozessrecht zutreffend verknüpft. Es handelt sich schließlich um eine Gestaltungsklage,[37] denn rechtsgeschäftlich war bislang noch nichts gestaltet worden.

b) Beschlussersetzungsklagen gegen Gemeinschaft oder Verband

Greift ein Organwalter die Willensbildung im Organ mittels Klage an und ist die Gemeinschaft bzw. der Verband diesbezüglich richtiger Beklagter, kann das Bedürfnis bestehen, im nächsten Schritt die oben genannte Gestaltungsklage zu erheben, um den eigentlich gewünschten Beschluss in die Welt zu setzen.[38] Es stellt sich dann die Frage, *gegen wen diese zweite Gestaltungsklage zu richten* ist. Wäre diese gegen die übrigen Organwalter zu richten, müsste der klagende Organwalter gegen *unterschiedliche Beklagte* vorgehen, mit der ersten Gestaltungsklage nämlich gegen die Gemeinschaft bzw. den Verband, mit der zweiten gegen die übrigen Organwalter.

Stimmiger erscheint aber, dass auch die zweite Gestaltungsklage gegen die Gemeinschaft bzw. den Verband zu richten ist und damit gegen denselben Beklagten. Grund dafür ist, dass sich die Beschlussprozedur – anders als bei der Beschlussersetzungsklage nach § 21 Abs. 8 WEG – nicht etwa im Ausgangsstadium befindet, sondern vollständig durchlaufen wurde – nur eben nicht mangelfrei. Da aber die Beschlussprozedur abgeschlossen ist, liegt der Fokus auf dem Ende der Zurechnungskette und damit auf der Gemeinschaft bzw. dem Verband.

Freilich könnte eingewandt werden, dass die erste Gestaltungsklage (Anfechtungsklage) den Beschluss beseitigt und daher mit der zweiten Gestaltungsklage die Beschlussprozedur neu zu durchlaufen wäre („zurück auf Los“). Dieser Einwand würde aber – neben den negativen praktischen Folgen – übersehen, dass der Beschluss (wie etwa im Wohnungseigentumsrecht in § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG geregelt) erst mit Rechtskraft des Gestaltungsurteils ungültig wird und der Beschluss damit weiter in der Welt ist, der Kläger aber schon zu Beginn des Klageverfahrens die Möglichkeit haben muss, mit der zweiten Gestaltungsklage den eigentlich gewünschten Beschluss zu erkämpfen.

Daher liefert das WEMoG (RegE vom 23.03.2020) einen interessanten neuen Ansatz. Dieses sieht nun vor, dass Klagen grundsätzlich gegen die Gemeinschaft der

[36] *Greiner*, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. 2014, § 13 Rn. 1739; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2017, § 21 Rn. 153; *Merle*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 21 Rn. 207; *Karkmann*, in: BeckOGK, Stand 01.05.2019, § 21 WEG Rn. 137.

[37] *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2017, § 21 Rn. 153; *Merle*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 21 Rn. 212; *Karkmann*, in: BeckOGK, Stand 01.05.2019, § 21 WEG Rn. 137.

[38] Vgl. oben § 4 VI. 7., von der h. M. als positive Beschlussfeststellungsklage bezeichnet.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wohnungseigentümer zu richten sind und zwar alle Beschlussklagen, also auch die Beschlussersetzungsklage (§ 44 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 WEG-E). Dieses System resultiert aus der Verlagerung der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums von den Wohnungseigentümern auf den Verband (§ 18 Abs. 1 WEG-E). Steht nämlich dem einzelnen Wohnungseigentümer ein Anspruch auf Verwaltung *gegen den Verband* zu (§ 18 Abs. 2 Nr. 1 WEG-E), ist der materiell Verpflichtete stimmiger Weise auch der prozessual Passivlegitimierte.

Dieses System muss gleichwohl nicht auf alle anderen Gemeinschaften und Verbände übertragbar sein. Wichtig ist daher die am Anfang dieses Kapitels herausgearbeitete Erkenntnis, dass auch bei einem Prozess zwischen den Organwaltern auf Ersetzung eines Beschlusses die Gemeinschaft bzw. der Verband dadurch gebunden wird, dass die vom Gericht ersetzte Entscheidung dem Organ und sodann der Gemeinschaft bzw. dem Verband zugerechnet wird (Mechanismus doppelter Zurechnung). Es bedarf daher auch in diesem Fall keiner prozessualen Einbeziehung der Gemeinschaft bzw. des Verbands.

II. Möglichkeit der Einflussnahme oder Pflicht zur Mitwirkung durch Beschlussfassung?

Die Organwalter nehmen für ihr Organ ihr Recht auf Einflussnahme wahr[39] – sie beteiligen sich an der Beschlussprozedur –, teils erfüllen sie auch ihre Mitwirkungspflicht an der Meinungsbildung. Rechtliche Grundlage für diese Mitwirkung ist das Teilnahme- und Stimmrecht, also die Befugnis, an dem im Organ entwickelten kollektiven Willen mitzuwirken.[40] Diese Rechtsposition fußt wiederum auf der Rechtsposition als Organwalter und diese wiederrum aus dem Mitgliedschaftsrecht oder dem Bestellakt.[41]

Je nach betrachtetem Organ scheint mal mehr die *Möglichkeit* einer Einflussnahme im Vordergrund zu stehen, mal sogar die *Pflicht* an einer Mitwirkung. So wird man bei Aktionären, wenn diese auf Wunsch des Vorstands in der Hauptversammlung zu einer Geschäftsführungsmaßnahme nach § 119 Abs. 2 AktG Beschlüsse fassen, mehr die Möglichkeit einer Einflussnahme betonen, sodass Aktionäre, die sich an der Beschlussfassung nicht beteiligt haben – etwa weil sie schon gar nicht zur Hauptversammlung erschienen sind –, die Möglichkeit der Einflussnahme schlicht

[39] Das ist die Mitgestaltung und Mitverwaltung, *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 79.

[40] *Winnefeld*, DB 1972, 1053; ähnlich so auch beim Verein *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 17 Rn. 42.

[41] Vgl. aus der jüngeren höchstrichterlichen Rechtsprechung etwa BGH, Urt. v. 14.07.2017 – V ZR 290/16, NZG 2017, 1181.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

haben verstreichen lassen.[42] Alternativ zur Einflussnahme kann auch von dem Recht gesprochen werden, gestalterisch[43] mitwirken zu können. Sehr viel Gestaltung und damit eine umfassende Mitwirkung durch die Aktionäre ist aber nicht unbedingt gewünscht, wird hier doch durch die „häufig schiere Masse der Aktionäre" die Gefahr erkannt, dass viele Gestalter die Gesellschaft auch lähmen können.[44] Besonders überraschend ist dieser Befund bei der Aktiengesellschaft nicht, leitet der Vorstand die Gesellschaft ohnehin unter eigener Verantwortung (§ 76 Abs. 1 AktG) und werden viele wichtige Entscheidungen, wie etwa die Feststellung des Jahresabschlusses, nicht von der Hauptversammlung, sondern vom Aufsichtsrat getroffen (§ 172 AktG).[45] Es scheint, dass der Schwerpunkt umso mehr auf der *Möglichkeit* einer Einflussnahme liegt, so *geringer* die Einflussnahmemöglichkeit des einzelnen Organwalters auf die Gemeinschaft bzw. den Verband insgesamt ist.

Andere Organe können mit umfassenderen Kompetenzen ausgestattet sein, etwa dann, wenn die Verwaltung des Verbands oder bestimmter Vermögensgegenstände oder die Aufsicht einem Organ oder den Organwaltern obliegt. Wenn also § 45 Abs. 1 GmbHG das Recht zur „Führung der Geschäfte" bei den Gesellschaftern – genauer: der Gesellschafterversammlung als Organ – verortet, dann ist es zutreffend, wenn M. Schwab von den Organwaltern eine „intensivere Teilnahme an den internen Entscheidungsprozessen" erwartet.[46] Anders gewendet, ist die GmbH ein Beispiel dafür, dass sie auf eine „stärkere Mitwirkung" der Organwalter angewiesen ist.[47]

Die Beschlussfassung über eine Verwaltungsmaßnahme kann sogar Möglichkeit und einklagbare Pflicht zugleich sein. Dieses Prinzip kann es nach überzeugender Auslegung der §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 3 und 4 WEG etwa bei der Wohnungseigentümerversammlung im Wohnungseigentumsrecht geben.[48] Auch beim Aufsichtsrat

[42] Deshalb entspricht es bis heute der allgemeinen Meinung, dass Aktionäre keiner mitgliedschaftlichen Teilnahmepflicht an der Hauptversammlung unterliegen, vgl. statt aller *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 118 Rn. 98. *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 322 zeigt allerdings zu Recht, dass aus § 245 Nr. 1 AktG eine mittelbare Teilnahmepflicht resultiert. Denn danach ist nur der erschienene Aktionär zur Anfechtung des Beschlusses befugt.

[43] *Winnefeld*, DB 1972, 1053 „gestaltendes Mitverwaltungsrecht".

[44] *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 381.

[45] Dabei wird nicht verkannt, dass es ungeschriebene Hauptversammlungsbefugnisse gibt, die – weil sie Grundlagenentscheidungen betreffen – erhebliche Bedeutung haben können. Grundlegend dazu BGH, Urt. v. 25.02.1982, NJW 1982, 1703 (Holzmüller) und Überblick bei *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 2.

[46] *M. Schwab*, Das Prozeßrecht gesellschafterinterner Streitigkeiten, 2005, S. 374. Ihm folgend *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 324.

[47] *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 324.

[48] Nach dem WEMoG (RegE vom 23.03.2020) soll an die Stelle des geltenden § 20 Abs. 1 WEG künfig § 19 Abs. 1 WEG-E treten, der formuliert: „Soweit die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums und die Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums und des Sondereigentums nicht durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer geregelt sind, beschließen die Wohnungseigentümer eine ordnungsmäßige Verwaltung und Benutzung". Die ursprüngliche Fassung im RefE sprach noch davon, die Wohnungseigentümer „können be-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ist deutlich stärker eine Mitwirkungspflicht im Vergleich zur bloßen Möglichkeit der Einflussnahme erkennbar. Nach § 108 Abs. 2 Satz 2 AktG ist der Aufsichtsrat im gesetzlichen Regelfall nur beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte der Mitglieder, aus denen er nach Gesetz oder Satzung insgesamt zu bestehen hat, an der Beschlussfassung teilnimmt, wobei in jedem Fall mindestens drei Mitglieder an der Beschlussfassung teilnehmen müssen (Satz 3). Besteht der Aufsichtsrat nach § 95 Abs. 1 AktG aus drei Mitgliedern, ist er stets nur beschlussfähig, wenn diese drei Mitglieder an der Beschlussfassung teilnehmen. Würde man hier den Fokus nur auf die Möglichkeit der Einflussnahme legen, würde dies kaum der Regelung des § 108 Abs. 2 AktG gerecht. Überzeugend ist vielmehr, hier von einer Mitwirkungspflicht auszugehen. Das heißt nicht, dass es grundsätzlich keine Möglichkeit gibt, sich als Mitglied des Aufsichtsrats etwa aufgrund Krankheit entschuldigen und die schriftliche Stimmabgabe auf Grundlage von § 108 Abs. 3 Satz 1 AktG überreichen zu lassen. Es wird aber deutlich, dass das Pendel zwischen Möglichkeit der Einflussnahme und Mitwirkungspflicht beim Aufsichtsrat eher in Richtung Pflicht ausschlägt. Bei den Mitgliedern des Vorstands ist dies nicht anders.[49]

Folglich kann neben der Möglichkeit einer Einflussnahme[50] auf ein Organ im gleichen Atemzug auch eine *Mitwirkungspflicht* bestehen.[51] Gleich, ob bei den jeweils betrachteten Organen der Schwerpunkt mehr auf der Möglichkeit einer Mitwirkung oder mehr auf der Pflicht daran liegt, wirken die Organwalter an dem Beschluss des jeweiligen Organs mit. Ihre Mitwirkung – durch Abgabe ihrer Stimme – wird dem Organ zugerechnet.

III. Die Beschlusskompetenz – Seltenheit oder Selbstverständlichkeit?

Obgleich es sich beim Beschluss um eine Entscheidung des Kollektivorgans handelt, die der Gemeinschaft bzw. dem Verband zugerechnet wird, müssen nicht zwingend alle Organwalter des Kollektivorgans hinter diesem Rechtsgeschäft stehen. Organwalter werden vielmehr immer wieder überstimmt und müssen sich dem

schließen", was (vgl. *Skauradszun*, ZRP 2020, 34, 36) womöglich hätte verstanden werden können, dass es sich bei der Stimmabgabe um eine bloße Möglichkeit handelt. Sodann wurde im RegE, S. 67 f. präzisiert und ausgeführt „Die sprachliche Anpassung im Übrigen („beschließen" anstelle „können beschließen") verdeutlicht, dass mit der Beschlusskompetenz auch eine Pflicht gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zur Mitwirkung an einer Beschlussfassung einhergeht". Dies überzeugt. Näher hierzu *Skauradszun/Harnack*, AnwZert MietR 13/2020, S. 1, 2.

[49] *Ernst*, ZIP 2020, 889, 892 („Für Abstimmungen von Kollegialorganen, bei denen vom Mitglied eine aktive Mitwirkung erwartet werden kann (wie etwa bei einem Vorstand), […]").

[50] Wörtlich für eine Einflussnahmemöglichkeit BayObLG, Beschl. v. 23.12.2002 – 2Z BR 93/02, ZWE 2003, 193, 195.

[51] Ausführlich dazu *Skauradszun*, NZM 2015, 273.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Primat der Mehrheit beugen (Gefahr der *Majorisierung*[52]). Diese Gefahr ist der zentrale Grund, warum bei Beschlüssen ein besonderes Augenmerk auf die Beschlusskompetenz zu legen ist.[53] Ob die Organwalter also die Möglichkeit oder die Pflicht zur Einflussnahme auf das Kollektivorgan durch Beschluss haben,[54] hängt davon ab, ob dieses Rechtsgeschäft bei der anstehenden Entscheidung überhaupt möglich ist. Während die Vertragsfreiheit dem Vertrag als Rechtsgeschäft über ein beliebiges Thema freie Bahn verschafft, ist bei Beschlüssen eine nähere Prüfung erforderlich. Der einzelne Organwalter soll nämlich voraussehen können, bei welchen Themen er gegebenenfalls überstimmt werden kann. Damit können Beschlüsse grundsätzlich nur dann gefasst werden, wenn die Organwalter hierfür über eine Beschlusskompetenz verfügen. Dieser insbesondere im Wohnungseigentumsrecht verwendete Begriff beschreibt, dass die Organwalter nicht jedes Thema durch Beschluss regeln können, sondern nur dann, wenn das Gesetz oder eine Vereinbarung für dieses Thema die kollektive Willensbildung mittels Beschluss zulässt.[55]

Die Beschlusskompetenz ist die formelle Legitimation für die Mehrheitsentscheidung des Organs. Im Wohnungseigentumsrecht ist die Beschlusskompetenz für die Beschlussfassung notwendig, da die Mehrheitsentscheidung, nach der Vorstellung des Gesetzgebers, die *Ausnahme* darstellt und somit einer *Legitimation* bedarf. Ohne eine solche gesetzlich verliehene oder vereinbarte Beschlusskompetenz können nur Vereinbarungen getroffen werden, die der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre über Verträge folgen. Insbesondere ist dann eine übereinstimmende Entscheidung *aller* Organwalter notwendig. Eine Beschlussfassung ohne Beschlusskompetenz führt daher im Wohnungseigentumsrecht grundsätzlich zu nichtigen Beschlüssen.[56]

Das Thema der Beschlusskompetenz ist deshalb so aufschlussreich, weil es zeigt, dass der Beschluss als rechtstechnisches Mittel für die Entscheidungsfindung im Kollektivorgan keine Selbstverständlichkeit ist. Ein Kollektivorgan wird typischerweise Themen *auch* durch Beschluss entscheiden können, aber eben nur, wenn die Organwalter für den konkreten Beschlussgegenstand über eine Beschlusskompetenz verfügen. Ist dies nicht der Fall, ist das Kollektivorgan absolut unzuständig.[57]

---

[52] BGH, Urt. v. 14.07.2017 – V ZR 290/16, NZG 2017, 1181; ähnlich auch *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 274.

[53] Sehr frühe Überlegungen zu dieser „äußersten Grenze" finden sich bei *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 47 (dort „Wirkungsbereich" genannt).

[54] Oben in § 5 II.

[55] Wichtige Beispiele sind etwa §§ 12 Abs. 4, 15 Abs. 2, 16 Abs. 3 und 21 Abs. 3 WEG (bzw. § 19 Abs. 1 WEG-E in der Fassung des WEMoG-E). Der Gesetzgeber formuliert dann: „Die Wohnungseigentümer können beschließen …". Für das GmbH-Recht siehe etwa *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, Anh. zu § 47 Rn. 6 mit einem Beispiel zur fehlenden Beschlusskompetenz (dort „Kompetenzüberschreitung") genannt.

[56] BGH, Beschl. v. 20.09.2000 – V ZB 58/99, NJW 2000, 3500; *Rüscher*, in: Bärmann/Seuß, Praxis des Wohnungseigentums, 7. Aufl. 2017, § 23 Rn. 116; *Hogenschurz*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 62 Rn. 10 ff.

[57] So die Wendung etwa in BGH, Beschl. v. 20.09.2000 – V ZB 58/99, NJW 2000, 3500.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

In der Praxis gibt es daher zahlreiche Fälle, die sich durch eine Beschlussfassung klären lassen würden – was aber eben auch heißt, widersprechende Organwalter im Wege der Mehrheitsentscheidung zu überstimmen (Majorisierung) –, der Fall also geradezu nach einer Beschlussfassung „schreit", die dafür nötige Beschlusskompetenz zuvor aber weder gesetzlich angelegt, noch durch eine allseitige Vereinbarung geschaffen wurde. Aufgrund der widerstreitenden Interessen ist es dann meist fernliegend, nun eine vertragliche Grundlage für eine Beschlusskompetenz über diesen Beschlussgegenstand zu schaffen.

Das Wohnungseigentumsrecht erweist sich hier als ein lehrreiches Beispiel, da *nicht einmal der einstimmige Beschluss* der Wohnungseigentümerversammlung eine fehlende Beschlusskompetenz kompensieren kann. Das mag für den Laien kaum nachvollziehbar sein, man wird in der Praxis teils[58] sogar schwerlich einen Unterschied zwischen allseitiger Vereinbarung und einstimmigem Beschluss erkennen können. Diese Unterschiede gibt es aber und sie sind der Grund, warum der Beschluss als Entscheidung für das Kollektivorgan konsequent von der Vereinbarung zu trennen ist. So kann beispielsweise der einstimmige Beschluss schon dann zustande kommen, wenn nicht alle Organwalter zur Versammlung erschienen sind und lediglich die anwesenden Organwalter für einen Beschlussgegenstand abgestimmt haben.[59] Der Beschluss – auch wenn er sich formal ausschließlich aus JA-Stimmen zusammensetzt – kann damit von deutlich weniger Organwaltern getragen werden als für eine allseitige Vereinbarung notwendig gewesen wäre. Auf die Spitze getrieben ist es denkbar, dass bei einer Zweitversammlung mit demselben Beschlussgegenstand (vgl. etwa § 25 Abs. 4 WEG) nur ein Organwalter erscheint und der Beschluss von nur einer Stimme getragen wird.[60] Das *legitimierende Fundament* kann also unterschiedlich stark sein.

Beschluss und Vertrag unterscheiden sich in der Rechtsgeschäftslehre sehr. Deshalb kann das Eine nicht in das Andere umgedeutet werden. Fehlt etwa die Beschlusskompetenz, ist der Beschluss aber einstimmig von allen Organwaltern gefasst worden, drängt sich die Frage auf, ob der Beschluss nicht zumindest in eine Vereinbarung umgedeutet werden kann. Da alle Organwalter beteiligt waren und

[58] Dies hängt insbesondere davon ab, ob beim einstimmigen Beschluss alle Organwalter abgestimmt haben. Ein einstimmiger Beschluss ist in vielen Kollektivorganen auch dann denkbar, wenn nur ein sehr kleiner Teil der Organwalter an der Abstimmung teilgenommen bzw. eine Stimme abgegeben hat. Der Gesetzgeber spricht dann von der „Mehrheit der abgegebenen Stimmen" (vgl. etwa § 133 Abs. 1 AktG).

[59] Für das Wohnungseigentumsrecht *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 15.

[60] § 25 Abs. 4 WEG soll nach dem WEMoG (RegE vom 23.03.2020) aufgehoben werden. Ob damit auch praktische Folgen für das legitimierende Fundament eines Beschlusses verbunden sind, ist noch offen. Es ist denkbar, dass eine *stets beschlussfähige* Wohnungseigentümerversammlung dazu führt, dass die Organwalter vermehrt oder gar regelmäßig teilnehmen oder sich vertreten lassen, *Skauradszun*, ZRP 2020, 34, 35.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zugestimmt haben, ist dieser Ansatz zumindest nicht ganz fernliegend.[61] Er ist gleichwohl eindeutig zu verneinen.[62] Auf den ersten Blick scheint der Tatbestand des § 140 BGB für die Umdeutung erfüllt. Entspricht nämlich ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde. Der einstimmig gefasste Beschluss stellt mangels Beschlusskompetenz das nichtige Rechtsgeschäft dar. Hätten die Organwalter gewusst, dass der gefasste Beschluss nichtig ist, hätten sie wohl eine Vereinbarung abgeschlossen. Der nichtige Beschluss entspricht jedoch nicht den Erfordernissen eines wirksamen Vertrags. Der Weg zum Beschluss ist mit der Entstehung des Vertrags nicht vergleichbar.[63] Bei § 140 BGB wurde deshalb nachvollziehbarerweise zu Zeiten der Entstehung des BGB zu keinem Zeitpunkt dokumentiert, dass mit dieser Vorschrift nichtige Beschlüsse in wirksame Verträge umgedeutet werden können.[64] Wollten[65] die Organwalter durch Beschluss entscheiden und damit parallele Willenserklärungen gegenüber einem Versammlungsleiter abgeben, dann lässt sich diese Ansammlung von JA-Stimmen – und mehr enthalten diese Willenserklärungen an Rechtswillen nicht – nicht in die für den Vertragsschluss notwendigen Willenserklärungen umdeuten.

In einem *Sonderfall* ist die Anwendung von § 140 BGB allerdings denkbar: Haben die Organwalter in einem Kleinstorgan auf einen Versammlungsleiter verzichtet und die Stimmen gegenüber den jeweils anderen Organwaltern abgegeben (vgl. oben § 4 IV. a. E.), liegen ausnahmsweise keine gleichgerichteten, sondern korrespondierende Willenserklärungen vor.[66] Dann ist ausnahmsweise Raum für die Umdeutung des nichtigen Beschlusses in eine Vereinbarung, da die für dieses vertragliche Rechtsgeschäft korrespondierenden Willenserklärungen vorliegen.

Gegenpol zur Wohnungseigentümerversammlung, bei der die Beschlusskompetenz besonders intensiv und häufig thematisiert wird, sind diejenigen Organe, in denen der Beschluss als Entscheidung für das Kollektivorgan eine Selbstverständlichkeit darstellt. Im Gesellschaftsrecht ist das allen voran bei der Gesellschafterversammlung der GmbH der Fall. Auch im Gesellschaftsrecht ist zwar im Aus-

[61] So auch noch BayObLG, Beschl. v. 13.06.2002 – 2Z BR 1/02, NJW-RR 2003, 9 für das Wohnungseigentumsrecht.

[62] So schon für das Wohnungseigentumsrecht *Schultzky*, in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 23 Rn. 41; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 15. Anders aber noch BayObLG, Beschl. v. 13.06.2002 – 2Z BR 1/02, NJW-RR 2003, 9.

[63] Siehe dazu ausführlich in § 3 und § 4 (insbesondere § 4 VI. 6. f)).

[64] *Mugdan*, Band I, S. 473.

[65] Nur darauf kommt es an, vgl. etwa für das Wohnungseigentumsrecht *Schultzky*, in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 23 Rn. 41; *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 70; *Merle*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 28.

[66] Siehe oben in § 4 VI. 8. ferner zu dem Sonderfall, dass die Organwalter das Abstimmungsergebnis selbst feststellen und den Beschluss (konkludent) verkünden können.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gangspunkt zu fragen, ob für den Beschluss eine Beschlusskompetenz besteht.[67] Bei der Gesellschafterversammlung der GmbH, die den Gegenpol zur Wohnungseigentümerversammlung bildet, hat diese Frage in der Praxis jedoch kaum Bedeutung. Der Gesetzgeber geht wie selbstverständlich davon aus, dass das rechtsgeschäftliche Mittel für die Entscheidungsfindung der Beschluss ist. Denn die von den Gesellschaftern in den Angelegenheiten der Gesellschaft zu treffenden Bestimmungen erfolgen nach § 47 Abs. 1 GmbHG durch Beschlussfassung nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen.[68] Eine Vereinbarung oder einen sonst wie bezeichneten Vertrag kennt § 47 GmbHG als alternatives rechtsgeschäftliches Mittel nicht. Nur der Gesellschaftsvertrag als rechtlicher Rahmen wird im GmbHG ausdrücklich genannt. Ob eine Beschlusskompetenz besteht, ist für die Gesellschafterversammlung der GmbH auch deshalb kaum problematisch, da der Gesetzgeber nicht nur in § 46 GmbHG den Aufgabenkreis der Gesellschafterversammlung weit gefasst hat, sondern insbesondere in § 45 Abs. 1 GmbHG zeigt, dass sich die Gesellschafterversammlung auch mit Angelegenheiten befassen kann, die „die Führung der Geschäfte" betreffen.[69] § 37 Abs. 1 GmbHG zeigt schließlich, dass der Beschluss als rechtsgeschäftliches Mittel schon deshalb so intensiv benötigt wird, weil hiermit dem Geschäftsführungsorgan Beschränkungen, gar Weisungen auferlegt werden können, die dieses einzuhalten hat.[70] Nach alldem werden sich die Organwalter der Gesellschafterversammlung einer GmbH in der Praxis selten die Frage stellen, ob die Angelegenheit überhaupt durch Beschluss geregelt werden kann. Das ist in aller Regel der vom Gesetzgeber als selbstverständlich vorgesehene Weg.

Letztlich zwischen diesen beiden Polen – Wohnungseigentümerversammlung auf der einen und Gesellschafterversammlung der GmbH auf der anderen Seite – sind die Aktiengesellschaft und die Personengesellschaften einzuordnen. Im Aktienrecht wird die Frage nach der Beschlusskompetenz der Hauptversammlung deutlich intensiver diskutiert als dies beim Pendant der GmbH der Fall ist. Dabei ist im Ausgangspunkt gleich, dass der Gesetzgeber auch in § 119 AktG einen Katalog von Angelegenheiten vorgesehen hat, die rechtsgeschäftlich durch Beschluss geklärt werden. Gleich ist darüber hinaus noch, dass der Gesetzgeber des Aktiengesetzes neben dem Beschluss kein weiteres rechtsgeschäftliches Mittel erwähnt, bei der GmbH wie auch bei der AG selbst der einzige zwingend bestehende Vertrag – der Gesellschaftsvertrag (Satzung) – wiederum (nur!) durch Beschluss geändert werden

[67] Für das Aktienrecht *Drinhausen*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 119 Rn. 5; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 119 Rn. 7 (dort Beschlusszuständigkeit genannt); *Liebscher*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 119 AktG Rn. 3. Siehe zum GmbH-Recht etwa *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J.Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 46 Rn. 6.

[68] *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2015, § 17 Rn. 782; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 34 Rn. 22.

[69] *Saenger*, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2015, § 17 Rn. 779; *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 34 Rn. 17.

[70] *Schäfer*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2018, § 34 Rn. 16.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kann (§ 53 Abs. 1 GmbHG, § 179 Abs. 1 Satz 1 AktG). Bis hierhin wird man sagen können, dass der Beschluss als rechtsgeschäftliches Mittel zur Entscheidungsfindung im Kollektivorgan das *Mittel der Wahl* ist. Nach dem einmal zustande gekommenen Gesellschaftsvertrag *verdrängt* der Beschluss im Kapitalgesellschaftsrecht den Vertrag und dreht damit die Verhältnisse im Vergleich zum Bürgerlichen Recht in sein Gegenteil. Mit dieser Erkenntnis zeigt sich einmal mehr, dass die „vertraglich gefärbte" Rechtsgeschäftslehre der Bedeutung des Beschlusses als Rechtsgeschäft nicht gerecht wird.

Sodann gehen GmbH-Recht und Aktienrecht jedoch weit auseinander. Da der Vorstand nach § 76 Abs. 1 AktG die Aktiengesellschaft unter eigener Verantwortung leitet und der Aufsichtsrat als drittes Organ mit eigenen Kompetenzen ausgestattet ist (siehe nur § 84 Abs. 1 AktG), ist bei einer jeden Angelegenheit zu fragen, ob die Hauptversammlung die Angelegenheit durch Beschluss entscheiden kann. Anders als bei § 45 Abs. 1 GmbHG kommt etwa die Beschlussfassung über eine Frage der Geschäftsführung hier nicht in Betracht (§ 119 Abs. 2 AktG), verlangt dies nicht ausnahmsweise der Vorstand. Ganz anders als im Wohnungseigentumsrecht, wo (vor dem WEMoG) im Zweifel die Beschlusskompetenz restriktiv gehandhabt wurde, hat sich die Rechtsprechung im Aktienrecht dergestalt entwickelt, dass über die gesetzliche Beschlusskompetenz hinaus die Hauptversammlung in besonderen Fällen zuständig sein kann.[71]

Zwischen den beiden Polen „Wohnungseigentümerversammlung" und „Gesellschafterversammlung der GmbH" sind auch die Personengesellschaften einzugruppieren. Ausweislich § 116 Abs. 2 HGB und § 164 Satz 1 HGB besteht auch hier die Beschlusskompetenz nicht immer und sofort, sondern erst, wenn Handlungen über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes hinausgehen.[72] Im Ausgangspunkt ist dann die Zustimmung aller zur Mitwirkung bei der Beschlussfassung berufenen Gesellschafter erforderlich (§ 119 Abs. 1 HGB, ggf. i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB), erlaubt der Gesellschaftsvertrag hierfür nicht eine Mehrheitsentscheidung (§ 119 Abs. 2 Halbsatz 1 HGB). Diesbezüglich stehen die personengesellschaftsrechtlichen Regelungen näher zur bürgerlich-rechtlichen Wohnungseigentümerversammlung als zur Gesellschafterversammlung der GmbH. Da die Gesellschafter einer Personengesellschaft jedoch grundsätzlich über alle Angelegenheiten durch Beschluss entscheiden *können*[73] – sie haften schließlich für die Verbindlichkeiten der

[71] BGH, Urt. v. 25.02.1982 – II ZR 174/80, NJW 1982, 1703 (Holzmüller); wieder enger in BGH, Urt. v. 26.04.2004 – II ZR 155/02, NJW 2004, 1860 (Gelatine) ab III. 2 a; Überblick bei *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 119 Rn. 2.

[72] Im Innenverhältnis ist jeder Gesellschafter einer OHG zur Geschäftsführung berechtigt (§ 115 Abs. 1 Halbsatz 1 HGB). Diese Befugnis im Innenverhältnis erstreckt sich auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt (§ 116 Abs. 1 HGB).

[73] Wenn sie dies vereinbart haben, *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 1 Rn. 70.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gesellschaft[74] – tendieren die Personengesellschaften *diesbezüglich* mehr zur Gesellschafterversammlung der GmbH.

Damit bleibt festzuhalten, dass der Beschluss als rechtsgeschäftliches Mittel zur Entscheidungsfindung im Kollektivorgan teils eine zunächst *zu legitimierende Ausnahme*, teils eine *Selbstverständlichkeit* darstellt. So stärker das Kollektivorgan innerhalb der Gemeinschaft oder des Verbands ausgestaltet ist, so selbstverständlicher kann mittels (Mehrheits-)Beschluss entschieden werden. Je mehr sich die Kollektivorgane Zuständigkeiten teilen und der einzelne Organwalter vor der Gefahr einer Majorisierung geschützt werden soll, desto seltener kann eine Angelegenheit durch Beschluss entschieden werden.

[74] Vgl. § 128 Satz 1 HGB, gegebenenfalls analog für die GbR und in Verbindung mit § 161 Abs. 2 HGB für die Kommanditgesellschaft bzw. § 8 Abs. 1 Satz 1 PartGG für die Partnerschaft. Nach dem MoPeG-E soll die persönliche Haftung der GbR-Gesellschafter direkt im BGB geregelt werden (§ 721 BGB-E).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 6 Bindungswirkungen für den einzelnen Organwalter nach der Stimmabgabe und Beschlussverkündung

I. Der Grundsatz von pacta sunt servanda beim Vertrag und das Majoritätsprinzip beim Beschluss

Verträge beruhen nach der bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäftslehre auf Antrag und Annahme (§§ 145, 147 BGB). Die rechtsgeschäftlichen Erklärungen binden die Vertragsparteien (sog. *inter partes* Wirkung).[1] Im Grundsatz sind dabei Verträge nur zugunsten Dritter möglich, nicht aber zu deren Lasten.[2] Zwischen zwei oder mehreren Parteien geschlossene Verträge sind sodann zu halten (*pacta sunt servanda*). Gerade weil das einmal abgeschlossene Rechtsgeschäft die Vertragsparteien bindet, kann die einzelne Leistungspflicht notfalls auch eingeklagt werden. Will eine der Vertragsparteien die Bindungswirkung beseitigen, geht das grundlos nie, im Regelfall nur, wenn hierzu ein gesetzlicher oder vertraglicher (wichtiger) Grund vorliegt – wie das etwa die §§ 314, 323 BGB zeigen – und im Übrigen alternativ nur mit allen anderen Vertragsparteien zusammen im Wege eines Aufhebungsvertrages (§ 311 Abs. 1 BGB). Die Bindungswirkung des Vertrags bewährt sich also insbesondere in der Situation, in der zumindest eine Vertragspartei am Rechtsgeschäft nicht mehr festhalten möchte, es aufgrund der Bindungswirkung des Vertrags jedoch muss. Wichtig ist schließlich die Erwähnung, dass die Bindungswirkung beim Vertrag alle Vertragsparteien betrifft, unabhängig davon, ob ein multilateraler Vertrag bei allen Vertragsparteien gleichgewichtete Rechte und Pflichten regelt oder aber einige Vertragsparteien einen besonders großen Anteil am Vertrag haben, andere hingegen allenfalls einen geringen Anteil, etwa in Form von kleineren Annexpflichten. Auch diejenige Vertragspartei mit dem geringsten Anteil am Vertrag ist an diesen gebunden. Obwohl diese Grundsätze von herausragender Bedeutung für das Vertragswesen sind, sind sie gesetzlich nicht geregelt.[3] Die Bindungswirkung folgt aus dem Wesen der rechtsgeschäftlichen Erklärung und sodann des Vertrags und ist die entscheidende Motivation, warum Personen Verträge überhaupt abschließen.

---

[1] *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 23.

[2] *Medicus/Lorenz,* Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, Rn. 848; *Joussen,* Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2015, Rn. 1147; *Looschelders,* Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2016, § 51 Rn. 1132; *Köhler,* BGB, Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2016, § 13 Rn. 2.

[3] Die Bindung an zugegangene Willenserklärungen lässt sich allenfalls aus Normen wie § 130 Abs. 1 BGB ableiten.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Bindungswirkung eines Beschlusses hingegen ist eine gänzlich andere. Wesen des Beschlusses ist es, alle Organwalter des Kollektivorgans zu binden und damit gerade auch diejenigen Organwalter, die der Versammlung ferngeblieben sind, sich bei der Stimmabgabe enthalten oder ausdrücklich dagegen gestimmt haben.[4] Das ist mit Blick auf das Wesen des (Mehrheits-)Beschlusses heute zwar eine Selbstverständlichkeit,[5] bedurfte aber zunächst einer jahrhundertlangen Entwicklung.[6] Das Majoritätsprinzip in der heutigen Ausprägung ist eine Entscheidung zugunsten der Aktionsfähigkeit von Kollektivorganen und der Erkenntnis geschuldet, dass je größer das Organ, desto unwahrscheinlicher eine einstimmige Entscheidung wird.[7]

Genauso wenig wie der Grundsatz von *pacta sunt servanda* bei den Verträgen in der bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäftslehre kodifiziert wurde, sind auch das Majoritätsprinzip und die Bindung aller Organwalter nicht grundsätzlich geregelt. Umso wertvoller[8] sind gesetzgeberische Äußerungen in Spezialgesetzen. So heißt es

[4] BGH, Beschl. v. 10.09.1998 – V ZB 11/98, BGHZ 139, 288, 297; *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 39; *Flume*, BGB AT, Band 2 – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 33 Nr. 2; *Pawlowski,* Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 2003, § 4 Rn. 583; *Brehm*, BGB AT, 6. Aufl. 2008, § 5 Rn. 105; *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 52; *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 14 (mit Einschränkungen für satzungsdurchbrechende oder sonst nichtige Beschlüsse); *Bork,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 13 Rn. 437; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rn. 205; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 70; *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 77. Zumindest missverständlich *Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl. 2017, die zunächst die Bindungswirkung von Beschlüssen anspricht, dann aber formuliert „soweit sie [die Personengemeinschaft] durch die Satzung an Beschlüsse gebunden ist". Auch ohne ausdrückliche Regelung in der Satzung folgt die Bindungswirkung aus dem Wesen eines Mehrheitsbeschlusses.

[5] Ähnlich *Dötsch,* ZWE 2016, 149 ff.; *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 274; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 70; *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 10 WEG Rn. 47.

[6] Im germanischen Recht war es noch nicht vorstellbar, sich einer Entscheidung zu fügen, der der Einzelne nicht zugestimmt hat. Zur Einhelligkeit als Beschlussvoraussetzung siehe *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 188 (dort auch mit Ausführungen dazu, dass die „Einhelligkeit" teils nur unter heftigem Murren und Protestrufen zustande kam). *Baltzer* beleuchtet die Entwicklung des Mehrheitsbeschlusses im Übrigen bis zur Neuzeit.

[7] Ähnlich *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 215.

[8] Bedauerlicherweise soll dieser Absatz durch das WEMoG (RegE vom 23.03.2020) entfallen, da die grundlegende Vorschrift des § 10 WEG aufgeteilt und neu strukturiert werden soll. Weder im RefE (vgl. S. 52) noch im RegE (vgl. S. 55) finden sich allerdings Hinweise darauf, dass damit eine inhaltliche Äußerung verbunden sei. Missverständlich ist aber in beiden Entwürfen die Formulierung „Absatz 5 hat aufgrund der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer keinen Anwendungsbereich mehr. Denn im Außenverhältnis wird allein die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer verpflichtet, nicht die einzelnen Wohnungseigentümer". Überstimmte oder sich der Stimme enthaltende Wohnungseigentümer werden je-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

in § 10 Abs. 5 WEG „Rechtshandlungen in Angelegenheiten, über die nach diesem Gesetz oder nach einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer durch Stimmenmehrheit beschlossen werden kann, wirken, wenn sie aufgrund eines mit solcher Mehrheit gefaßten Beschlusses vorgenommen werden, auch für und gegen die Wohnungseigentümer, die gegen den Beschluß gestimmt oder an der Beschlußfassung nicht mitgewirkt haben".

Aus Sicht der Rechtsgeschäftslehre ist dieses Ergebnis jedoch keinesfalls selbstverständlich. Bleibt ein Organwalter der Versammlung fern, gibt er keine Willenserklärung ab. Das bloße Schweigen bei der Beschlussfassung hat – wie auch sonst in der Rechtsgeschäftslehre[9] – keinen Erklärungswert.[10] Stimmt ein Organwalter gegen einen Beschlussantrag, ist er trotzdem an das Primat der Mehrheit gebunden, obwohl sich seine Willenserklärung nicht mit den Willenserklärungen der meisten anderen Organwalter deckt. Koppensteiner bringt das so zum Ausdruck, dass er dem Organwalter unterstellt, durch seine Mitwirkung am Abstimmungsverfahren zu erkennen zu geben, „dass er nicht nur die Durchsetzung seiner Ansicht zum Antrag wollen kann".[11] Dies ist richtig und zeigt, wie sehr das Majoritätsprinzip verinnerlicht wurde. Freilich gilt es nur, wenn für diesen Beschlussgegenstand eine Beschlusskompetenz besteht.[12]

Sofern der Gesetzgeber die Bindungswirkung des Beschlusses für den einzelnen Organwalter ausnahmsweise kodifiziert, obwohl sich diese Rechtsfolge schon aus dem Wesen eines (Mehrheits-)Beschlusses ergibt, will der Gesetzgeber damit meist eine nicht zu unterschätzende Botschaft transportieren. Wer sich für eine Rechtsposition entscheidet, bei der der Wille in einem Kollektivorgan durch Beschluss gebildet wird, muss damit leben (können), von der Mehrheit überstimmt zu werden und sich mit seiner Auffassung nicht durchsetzen zu können.[13] Wer beispielsweise nicht damit leben kann, immer wieder einmal in der Wohnungseigentümerversammlung von der Mehrheit der Wohnungseigentümer überstimmt zu werden, sollte sich – und dies ist nicht überheblich gemeint – auf Alleineigentum konzentrieren. Denn bei Alleineigentum ist nicht zu befürchten, an den Willen der Mehrheit gebunden zu werden. Die dort weiter ausgeprägte Unabhängigkeit von dem Primat der Mehrheit lässt sich allerdings meist nur durch eine höhere Investition in das Eigentum erreichen.[14]

Die Bindungswirkung eines Beschlusses geht sodann über die Organwalter hinaus. Auch andere Organe der Gemeinschaft bzw. des Verbands können an den Beschluss

doch auch nach Verabschiedung des WEMoG an den Mehrheitsbeschluss gebunden. Beide Entwürfe hätten hier genauer zwischen dem Innen- und Außenverhältnis trennen müssen.

[9] Statt vieler *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 23.

[10] *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 10 WEG Rn. 47.

[11] *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 274.

[12] Ausführlich oben in § 5 III.

[13] *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 10 WEG Rn. 47.

[14] *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 10 WEG Rn. 47.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eines anderen Organs gebunden sein.[15] Der Verwalter einer Wohnungseigentümergemeinschaft ist an einen Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung genauso gebunden[16] wie der Vorstand an bestimmte Beschlüsse des Aufsichtsrats.[17]

Schließlich ist ein Blick ins Prozessrecht angebracht, der noch eine ganz andere Bindungswirkung zum Vorschein bringt. Klagt etwa ein Wohnungseigentümer mittels der Anfechtungsklage nach § 46 Abs. 1 WEG auf Ungültigerklärung eines Beschlusses, sind die übrigen Wohnungseigentümer als Beklagte prozessführungsbefugt. Jacoby formuliert hierzu, dass „die passive Prozessführungsbefugnis nicht bei jedem einzelnen Eigentümer lieg[e], sondern nur bei allen übrigen Wohnungseigentümern zusammen, weil diese gemeinsam durch den Beschluss mit dem Kläger rechtlich verbunden sind“[18]. Im Grundsatz ist das im Aktienrecht nicht anders. Auch hier sind die einzelnen Aktionäre durch den Beschluss mit dem klagenden Aktionär rechtlich verbunden – wenngleich prozessual der Gesetzgeber mit § 246 Abs. 2 Satz 1 AktG einen anderen Weg gewählt hat und die Aktiengesellschaft als Beklagte vorsieht.[19] Hier überlagert sich also die materiell-rechtliche Bindungswirkung eines Beschlusses zugunsten und zulasten aller Organwalter mit der prozessrechtlichen Bindungswirkung, wonach alle Organwalter am Verfahren beteiligt sind, entweder auf Aktiv- oder Passivseite. Das verbindende Element ist in beiden Fällen – materiell-rechtlich wie prozessual – der Beschluss.

II. Belastungsproben der Bindungswirkung

Die soeben dargestellte Bindungswirkung könnte unterlaufen werden, wenn der einzelne Organwalter seine Stimmabgabe widerrufen könnte. Dabei sind zwei Zeitfenster zu unterscheiden: Der Widerruf der Stimmabgabe *vor Abschluss* der Beschlussprozedur und jener *nach Verkündung* des Beschlusses.

Hinsichtlich des ersten Zeitfensters könnte insbesondere dann, wenn ein Organwalter *noch vor Zugang* der Willenserklärung beim Versammlungsleiter einen Willensmangel feststellt oder realisiert, wonach er sich durch sein Stimmverhalten womöglich haftbar machen würde, ein Interesse daran bestehen, den denkbaren Anknüpfungspunkt für die Pflichtverletzung[20] – die Stimmabgabe – zu beseitigen, die Stimmabgabe also zu widerrufen und damit aus der Welt zu schaffen.

---

[15] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 11.

[16] *Suilmann,* in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 12 Rn. 25.

[17] *Altmeppen,* in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2015, § 293 Rn. 10 ff.

[18] *Jacoby*, ZMR 2018, 393, 394.

[19] Siehe auch oben in § 5 I. Diesen Weg will die Bundesregierung nun auch im Wohnungseigentumsrecht einschlagen, vgl. § 44 Abs. 2 Satz 1 WEG-E in der Fassung des WEMoG-RegE vom 23.03.2020.

[20] Dazu ausführlich noch in § 16 II. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ob Stimmabgaben vor Abschluss der Beschlussprozedur widerrufen werden können, wird unterschiedlich beurteilt.[21] Teils wird ein solcher Widerruf kategorisch abgelehnt, da sich der Organwalter mit der Stimmabgabe selbst gebunden habe.[22] Jedenfalls ab dem Zugang der Stimme beim Versammlungsleiter entspricht es im Vereins- und Wohnungseigentumsrecht der Auffassung des BGH und der herrschenden Lehre, dass die Stimmabgabe nicht mehr widerrufen werden könne.[23] Im Gesellschaftsrecht hingegen hat ein Ansatz Zuspruch erfahren, wonach eine Stimmabgabe grundsätzlich aus wichtigem Grund widerrufen werden könne.[24] Dies solle sogar für das zweite Zeitfenster gelten, also auch nach Zustandekommen des Beschlusses als Rechtsgeschäft.[25]

Für das erste Zeitfenster scheint grundsätzlich für alle Kollektivorgane überzeugend, dass die einzelne Stimmabgabe nach dem Zugang der Stimme beim Versammlungsleiter nicht mehr widerrufen werden kann. Dies ist nicht nur im Wohnungseigentumsrecht zu Recht herrschende Meinung, sondern scheint auch bei allen weiteren Kollektivorganen der überzeugende Ansatz. Zwar ist zu diesem Zeitpunkt die Beschlussprozedur noch nicht durchlaufen und damit das Rechtsgeschäft noch nicht zustande gekommen, der einzelne Organwalter ist aber mit Zugang seiner rechtsgeschäftlichen Erklärung beim Empfänger für seine Erklärung *verantwortlich* und muss sich nun an seiner Erklärung festhalten lassen.[26] Neuner spricht in allgemeiner Form von der „bindenden Kraft des Versprechens“[27], was für eine zugegangene Stimmabgabe gleichermaßen überzeugt.

Auf § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB, der den Widerruf bei Willenserklärungen regelt, die gegenüber Abwesenden erklärt werden, kann allerdings nicht stets verwiesen werden. Es ist insoweit wie folgt zu differenzieren:

Gibt ein Organwalter seine Stimme gegenüber dem Versammlungsleiter in der Versammlung ab und geht diese Stimmabgabe unmittelbar zu, ist die Willenser-

[21] Überblick zum Gesellschaftsrecht bei *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 437.

[22] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 21.

[23] BGH, Urt. v. 13.07.2012 – V ZR 254/11, NJW 2012, 3372; *Merle,* in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 32; *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 90; *Hermann,* in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 68; *Engelhardt,* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 23 WEG Rn. 2; *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 14.

[24] *Enzinger*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 15; *Schäfer*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 709 Rn. 76; *Lieder*, in: Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 119 Rn. 13.

[25] *Enzinger*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 15; *Schäfer*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 709 Rn. 76; *Lieder*, in: Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 119 Rn. 13.

[26] So auch die Begründung von *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 23 in allgemeiner Form („eine Voraussetzung für jede Ordnung […], die nicht allein auf Gewalt beruht“).

[27] *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 10 Rn. 23.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

klärung ab dem Zugang beim Versammlungsleiter nicht mehr widerruflich.[28] Denn mit Zugang befindet sich die Stimme im Machtbereich des Versammlungsleiters, wo sie ausgewertet wird und ihre Wirkung entfalten kann. Der Organwalter hat sich gebunden und ist nun für seine Erklärung verantwortlich.

Gibt ein Organwalter seine Stimme in der Versammlung gegenüber dem Versammlungsleiter ab und geht diese Stimmabgabe dem Versammlungsleiter nicht unmittelbar zu, etwa, weil die Wohnungseigentümerversammlung oder die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft eine längere Auswertung der Stimmabgaben – etwa mittels elektronischer Auszählmethoden – notwendig macht, ist die Stimmabgabe widerruflich, bis diese beim Versammlungsleiter zugegangen ist. Es finden dann in diesem ersten Zeitfenster die allgemeinen Wertungen zum Widerruf einer noch nicht zugegangenen Willenserklärung Anwendung. Ab dem Zugang kann die Stimmabgabe jedoch nicht mehr widerrufen werden.

Werden die Stimmen außerhalb einer Versammlung abgegeben, etwa im schriftlichen Verfahren, findet § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB direkte Anwendung. Die Stimmabgabe ist daher bis zum Zugang der Willenserklärungen beim Initiator des schriftlichen Verfahrens widerruflich.[29] Umkehrschluss zu § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB ist, dass ein Widerruf ab Zugang der Willenserklärung nicht mehr möglich ist.[30]

Soweit Versammlungsleiter in der Praxis mit einem Widerruf der Stimmabgabe dergestalt „großzügig“[31] umgehen, dass trotz Zugang der Willenserklärungen ein Widerruf noch vor Verkündung des Beschlusses zugelassen wird, ist dies zum einen dogmatisch nicht richtig und praktisch für den Versammlungsleiter nicht frei von Risiken. Als Beispiel kann man sich einen 3-köpfigen Aufsichtsrat vorstellen, in dem der Aufsichtsratsvorsitzende A zugleich Versammlungsleiter ist. Der Versammlungsleiter stellt einen Beschlussgegenstand zur Abstimmung, wonach das Vorstandsmitglied V – das objektiv zur Führung der Geschäfte unfähig ist, aber von A gleichwohl gestützt wird – abberufen wird, und fordert all jene Aufsichtsratsmitglieder auf, die Hand zu heben, die *für* den Beschluss stimmen wollen. Die Aufsichtsratsmitglieder B und C heben die Hand. Als B erkennt, dass der Aufsichtsratsvorsitzende A nicht für den Beschluss stimmt, nimmt er sofort wieder seine Hand runter. Der Versammlungsleiter zählt sodann (nur) eine JA-Stimme. Er teilt mit, dass der Beschluss die erforderliche Mehrheit *nicht* erreicht hat, und verkündet einen

[28] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 151. Offenbar so auch *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 328. Exemplarisch für das Wohnungseigentumsrecht *T. Spielbauer*, in: Spielbauer/Then, WEG, 3. Aufl. 2017, § 23 Rn. 19.

[29] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 151.

[30] Ausdrücklich für die Stimmabgabe bei der Beschlussfassung *Einsele*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 130 Rn. 40.

[31] So der Bericht von *Abramenko*, ZWE 2013, 395, 397 für die Wohnungseigentümerversammlung. Ein Beispiel findet sich im Tatbestand der Entscheidung BGH, Urt. v. 06.07.2018 – V ZR 221/17, BeckRS 2018, 26256, Tz. 15.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Negativbeschluss. Das Vorstandsmitglied ist nicht abberufen. Dadurch entsteht der Aktiengesellschaft ein Schaden.

Erkennt man an, dass mit der Annahme der Funktion als Versammlungsleiter zwischen diesem und dem Verband oder dem einzelnen Organwalter ein schuldrechtliches Rechtsverhältnis im Sinne von § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB entsteht,[32] wird man die Pflichtverletzung des Versammlungsleiters darin zu sehen haben, dass er eine JA-Stimme, die ihm bereits zugegangen war, als wirksam widerrufen behandelt.[33] Richtigerweise hätte er beide JA-Stimmen zählen müssen,[34] sodass die erforderliche einfache Mehrheit zur Abberufung des Vorstands erreicht war. Folglich hätte er den Beschluss verkünden müssen, dass das Vorstandsmitglied V abberufen wird. Das Vertretenmüssen wird vermutet (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) und könnte vom Versammlungsleiter auch nicht widerlegt werden. Entsteht der Aktiengesellschaft durch diese Fehlentscheidung des Versammlungsleiters ein Schaden, wäre dieser vom Versammlungsleiter zu ersetzen. Eine in der Praxis „großzügige" Handhabung des Widerrufs der Stimmabgabe ist jedenfalls für den Versammlungsleiter also nicht ungefährlich.

Für das zweite Zeitfenster, mithin ab der Verkündung des Beschlusses, ist zu sehen, dass das Rechtsgeschäft entstanden und eine formlose Berichtigung des eigenen Abstimmungsverhaltens *mit Wirkung für das Rechtsgeschäft* nicht mehr möglich ist.[35] Der im Personengesellschaftsrecht entwickelte Ansatz, einen Widerruf aus wichtigem Grund grundsätzlich anzuerkennen – etwa wenn sich die Verhältnisse geändert haben oder nachträglich erlangte Informationen ein Abrücken von der Stimmabgabe erforderlich machen – scheint nicht der überzeugende Ansatz zu sein.[36] Für einen solchen Ansatz fehlt zum einen jede normative Stütze. Es ist zum anderen die allgemeine Wertung zu betonen, dass einmal zustande gekommene Rechtsgeschäfte zu schützen sind. Der in die Welt gesetzte Beschluss bindet die Organwalter. Es kommt die allgemeine Bindungswirkung eines Beschlusses zum Tragen, der seinen Sinn gerade darin hat, alle Organwalter – gleich wie sich diese in der Beschlussprozedur verhalten haben – zu binden.

---

[32] So etwa *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 Rn. 14 (Schuldverhältnis zwischen Versammlungsleiter und Verband). Ausführlich oben in § 4 VII. 3.

[33] In BGH, Urt. v. 06.07.2018 – V ZR 221/17, BeckRS 2018, 26256, Tz. 15 ließ der (WEG-) Senat die Frage nach dem Widerruf zwar offen, merkte aber an, dass ggf. zu fragen sei, ob „diese Änderung […] Anlass für eine erneute Abstimmung" hätte geben müssen. Das könnte so zu verstehen sein, dass ein Widerruf nicht möglich ist und der Versammlungsleiter allenfalls neu abstimmen lassen darf.

[34] Das Zurückziehen einer zugegangenen Willenserklärung behandelt auch *Dörner*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 130 Rn. 8 nicht als wirksamen Widerruf.

[35] *Abramenko*, ZWE 2013, 395, 397 (zwar für die Wohnungseigentümerversammlung, in dieser Allgemeinheit aber auch überzeugend für andere Kollektivorgane). A. A. *Schäfer*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 709 Rn. 76 (für das Personengesellschaftsrecht).

[36] So aber *Schäfer*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 709 Rn. 75 f.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ob, wie und wie lange das eigene Abstimmungsverhalten ab der Verkündung des Beschlusses noch einmal korrigiert werden kann, hängt im Übrigen von der Frage ab, ob das bürgerlich-rechtliche Anfechtungsrecht nach §§ 119 ff. BGB auf die Stimmabgabe oder den Beschluss Anwendung findet und damit, wie die Norm des § 142 Abs. 1 BGB über die Rechtsfolge der Anfechtung auszulegen ist. Ferner kommt es auf die Besonderheiten des jeweils einschlägigen Beschlussmängelrechts an. Hier verzahnt sich die Rechtsgeschäftslehre also mit dem Prozessrecht.[37] Dies – und nicht etwa der im Personengesellschaftsrecht vorgeschlagene Weg – ist im nachfolgenden Besonderen Teil der Arbeit näher zu verfolgen (§ 9), denn nur dieser Weg achtet hinreichend, dass mit der Verkündung des Beschlusses ein Rechtsgeschäft entstanden ist, das nicht einfach durch Widerruf der Stimmabgabe beseitigt werden kann.

III. Der widersprüchliche prozessuale Angriff auf die Bindungswirkung

Entsprechend der oben vorgenommenen Eingrenzung des Themas soll vorliegend nicht das prozessuale Beschlussmängelrecht im Zentrum der Betrachtung stehen. Nur diejenigen Verbindungen zwischen Rechtsgeschäftslehre und prozessualem Beschlussmängelrecht, die für die vorliegenden materiell-rechtlichen Fragestellungen von besonderer Bedeutung sind, sollen zumindest sichtbar gemacht werden. Eine solche Verbindung besteht gerade bei der Frage der Bindungswirkung. Kann ein Organwalter, der *für* einen Beschlussantrag gestimmt hat, den so tatsächlich zustande gekommenen Positivbeschluss mithilfe des Prozessrechts trotzdem angreifen? Kann also auch derjenige Organwalter die Bindungswirkung eines Beschlusses beseitigen, der auf Ebene der Rechtsgeschäftslehre eine Willenserklärung abgegeben hat, die genau zu dem geführt hat, was bei der Beschlussfassung gewollt war?

Klarzustellen ist zunächst, dass die Frage ihre Brisanz bei etwaigen Beschlussmängeln erhält, die *allenfalls zur Anfechtbarkeit* des Beschlusses führen. Beschlussmängel, die einen *nichtigen* Beschluss zur Folge haben, dürften auch dann mit der Feststellungsklage überprüfbar sein, wenn ein Organwalter zuvor *für* diesen Beschluss gestimmt hat. Dies ist deshalb so, da ein Organwalter ein Feststellungsinteresse aufweisen kann, gerichtlich feststellen zu lassen, dass ein zustande gekommener Beschluss nichtig ist und folglich keine Rechtsfolgen auslösen kann. Wie ist aber mit behaupteten Beschlussmängeln umzugehen, die allenfalls zur Anfechtbarkeit des Beschlusses führen?

[37] Dazu gleich in § 9.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Eine einfache Antwort auf diese Frage gibt es nicht. Sie wird sowohl im materiellen Recht als auch im Prozessrecht zu suchen sein. Entsprechend der hier vorgeschlagenen Methodik ist dabei im materiellen Recht zu beginnen. Danach wird man sagen müssen, dass sich eine Person nicht auf ein Recht berufen kann, wenn sie sich damit in Widerspruch zu ihrem eigenen Verhalten setzt.[38] Dabei handelt es sich um eine Fallgruppe des Grundsatzes von Treu und Glauben aus § 242 BGB. Der Einwand des *venire contra factum proprium* dient dazu, widersprüchliches Verhalten abzuwehren.

Was materiell-rechtlich als widersprüchliches Verhalten einzuordnen sein kann, wird prozessual bei der Frage verortet, ob einem Kläger die Legitimation für eine Klage gegen einen Beschluss abgesprochen werden kann, wenn er dem Beschlussantrag zugestimmt hat.[39] Dann wäre die Kategorie des Rechtsschutzbedürfnisses in der Zulässigkeit der Klage der naheliegende Prüfungsort.[40] Wenn man jedoch mehr die Verbindungslinie zwischen *materiellem* Recht und Prozessrecht betont, scheint der Einwand des *venire contra factum proprium* eher auf die Ebene der Begründetheitsprüfung zu gehören. Wird nämlich der Einwand materiell-rechtlich als Fallgruppe aus § 242 BGB abgeleitet, erscheint es stimmig, ihn als materiell-rechtliche Schranke zu verstehen.[41]

Jenseits dieser Friktion ist festzustellen, dass Koch zustimmenden Organwaltern gleichwohl grundsätzlich das prozessuale Angriffsrecht belassen will, da für den zustimmenden Organwalter womöglich im Moment der Beschlussfassung die Tragweite und die Auswirkung des Beschlusses noch nicht hinreichend erkennbar waren.[42] Deutlich strenger ist hier die herrschende Meinung im GmbH-Recht, nach der der Organwalter sein Anfechtungsrecht verliert, wenn er dem Beschluss zustimmt.[43] Im Aktienrecht ist die Rechtslage ähnlich. Hier ist die Anfechtungsklage unbegründet, wenn der Organwalter gegen den Beschluss keinen Widerspruch zur Niederschrift erklärt hat (§ 245 Nr. 1 AktG).[44]

---

[38] Überblick über die allgemeine Fallgruppe des widersprüchlichen Verhaltens etwa bei *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 242 Rn. 48 ff.

[39] *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F 24.

[40] So etwa *Fleischer/Eschwey*, DB 2018, 810, 812.

[41] Siehe etwa *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 20 Rn. 75 und *Neuner*, 12. Aufl. 2020, § 20 Rn. 90; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 32 Rn. 8; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 242 Rn. 48. Auch der BGH, Urt. v. 21.06.2010 – II ZR 24/09, NZG 2010, 943, Tz. 38 verknüpft die „Anfechtungsbefugnis" mit dem materiell-rechtlichen Rechtsgedanken des *venire contra factum proprium.*

[42] *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F 83.

[43] *M. Schwab*, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, S. 374 f.; *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 328; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, 20. Aufl. 2020, Anhang zu § 47 Rn. 60.

[44] *Hüffer/Schäfer*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2016, § 245 Rn. 36; *Drescher*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 245 AktG Rn. 8.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dieser strengere Ansatz überzeugt. Ein Organwalter kann Mängel wie Einberufungsmängel, Fehler bei der Leitung der Versammlung oder Fehler bei vorausgegangenen Auskunftserteilungen nicht mehr mit der Anfechtungsklage geltend machen, wenn er dem Beschluss zugestimmt hat. Hier greift der Einwand des *venire contra factum proprium*, um das widersprüchliche Verhalten abzuwehren. Dies entspricht ferner der Auffassung des BGH für das Aktienrecht.[45]

Der noch strengere Ansatz von Bayer, grundsätzlich von einem Verlust des prozessualen Anfechtungsrechts auszugehen, wenn der Organwalter dem Beschluss zugestimmt hat,[46] ist jedenfalls dann überzeugend, wenn der Organwalter den Anfechtungsgrund schon bei der Stimmabgabe kannte oder hätte kennen müssen. Konnte der Organwalter hingegen die Rechtswidrigkeit des Beschlusses *bei seiner Stimmabgabe nicht erkennen*, ist ihm das prozessuale Anfechtungsrecht zu belassen. Objektiv ist der Angriff auf den Beschluss, den er mit seiner eigenen Stimme zum Entstehen gebracht hat, zwar immer noch widersprüchlich, es fehlt aber an der Vorwerfbarkeit. Die hier gemachte Einschränkung kann freilich prozessuale Streitigkeiten über das Kennenmüssen bei der Stimmabgabe mit sich bringen. Dies ist prozessual aber auch bei zahlreichen anderen Tatbeständen bekannt und um des gerechten Ergebnisses willen hinzunehmen.

Viele parallele Beispiele lassen sich im Übrigen im Verfahrensrecht nicht finden, zumindest aber im modernen Insolvenzplanrecht enthält § 253 Abs. 2 Nr. 2 InsO ebenfalls eine Verbindungslinie zwischen materiell-rechtlicher Beschlussprozedur und prozessualem Angriff auf die Bindungswirkung.[47] Danach kann eine sofortige Beschwerde gegen einen Beschluss, mit dem ein Insolvenzplan bestätigt wird, zulässig nur dann erhoben werden, wenn der Beschwerdeführer beim Beschluss der Gläubigerversammlung *gegen* den Plan gestimmt hat. Stimmt er also *für* den Beschluss, kann er die Bindungswirkung später nicht mehr zu Fall bringen.

Das, was materiell-rechtlich also so eindeutig scheint, setzt sich im Prozessrecht alles andere als eindeutig fort. Für den Allgemeinen Teil dieses Werkes genügt aber zunächst die Erkenntnis, dass die Bindungswirkung von ganz zentraler Bedeutung für den Beschluss als Rechtsgeschäft ist, diesbezüglich eine deutliche Parallele zum Vertrag zu erkennen ist, und eine Beseitigung der Bindungswirkung – etwa durch Widerruf – nur sehr begrenzt möglich ist. Zudem sind Verbindungen zum prozessualen Beschlussmängelrecht erkennbar, wobei sich die materiell-rechtlichen Wertungen zu dem widersprüchlichen Verhalten offenbar schon im GmbH- und Aktienrecht, aber noch nicht überall durchgesetzt haben. Dabei würde es auch in anderen Rechtsgebieten überzeugen, sich immer wieder vor Augen zu führen, dass das Dafürstimmen in der Beschlussprozedur einen Vertrauenstatbestand bei den übrigen

[45] So auch wörtlich BGH, Urt. v. 21.06.2010 – II ZR 24/09, NZG 2010, 943, Tz. 37.

[46] *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, 20. Aufl. 2020, Anhang zu § 47 Rn. 60.

[47] *Skauradszun*, in: FS Riecke, 2019, 431, 440.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Organwaltern auslösen kann,[48] sodass das dazu im Widerspruch stehende Verhalten im Beschlussmängelrecht zurückzuweisen ist.[49]

[48] BGH, Urt. v. 06.07.2018 – V ZR 221/17, BeckRS 2018, 26256, Tz. 21.

[49] § 144 BGB betreffend die Bestätigung anfechtbarer Rechtsgeschäfte enthält zwar einen ähnlichen Gedanken, wonach durch eine Bestätigung des anfechtbaren Rechtsgeschäfts das etwaige Anfechtungsrecht erlischt (*Busche*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 144 Rn. 8; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 144 Rn. 2; *Dörner*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 144 Rn. 3), die Norm deckt sich gleichwohl nicht mit der Beschlussprozedur: Wenn ein Organwalter seine Stimme abgegeben hat, entsteht das anfechtbare Rechtsgeschäft erst mit der Verkündung des Beschlusses durch den Versammlungsleiter. Der Organwalter gibt danach keine weitere Willenserklärung ab, mit der er den Beschluss bestätigt. § 144 BGB zeigt aber zumindest eine Wertung, wonach niemand ein Rechtsgeschäft anfechten können soll, wenn er doch eigentlich das anfechtbare Rechtsgeschäft so will.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Besonderer Teil

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 7 Konkludent gefasste Beschlüsse – Wie sehr lässt sich die Beschlussprozedur minimalisieren?

In der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre ist anerkannt, dass Rechtshandlungen nicht nur ausdrücklich, sondern auch konkludent erklärt werden können.[1] Mancherorts, wie im Stellvertretungsrecht, macht es für den Gesetzgeber nicht einmal einen Unterschied, ob eine Erklärung ausdrücklich oder schlüssig abgegeben wird. So ist etwa in den Fällen, in denen ein Stellvertreter eine Erklärung im Namen des Vertretenen abgibt, sowohl möglich, dass der Stellvertreter die Vertretung offenlegt, als auch dass sich die Stellvertretung nur aus den Umständen heraus ergibt (§ 164 Abs. 1 Satz 2 BGB).[2] Vorliegend soll es nun um die Frage gehen, ob Beschlüsse konkludent gefasst werden können. Dabei soll nicht der Inhalt im Mittelpunkt stehen, sondern die Beschlussprozedur, ob also der Beschluss als Rechtsgeschäft auch dann zustande kommen kann, wenn die Beteiligten keine ausdrücklichen Erklärungen abgegeben haben.

Als konkludent wird nachfolgend bezeichnet,[3] dass der Beschluss als Rechtsgeschäft nicht durch ausdrückliche Stimmabgaben zustande kommt, sondern nur durch schlüssiges Verhalten. Der Geschäftswille wird nur mittelbar zum Ausdruck gebracht.[4] Anstelle einer Abstimmung durch JA- oder NEIN-Erklärungen, wie etwa durch Handzeichen, Stimmkarten oder Stimmzettel, wird die Stimmabgabe beim Empfänger nur aufgrund schlüssigen Verhaltens als solche verstanden. In der Folge ist dann auf Empfängerseite zu fragen, ob auch der Versammlungsleiter den Beschluss nicht ausdrücklich, sondern ebenfalls nur konkludent verkünden kann. Konkludente Stimmabgaben und konkludente Verkündung des Beschlusses sind damit zu differenzieren.

Ob konkludent gefasste Beschlüsse möglich sind, soll nunmehr untersucht werden. Ein praktisches Bedürfnis wird beispielsweise in kleineren Kollektivorganen nicht von der Hand zu weisen sein, in denen in kurzer Zeit zu einer Vielzahl kleinerer

---

[1] Wie selbstverständlich etwa bei *Brox*, DB 1965, 731, 733; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 22.

[2] *Dörner*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 164 Rn. 6.

[3] Zu Definitionen aus dem BGB AT vgl. etwa *Kaiser*, Bürgerliches Recht, 11. Aufl. 2007, Rn. 73; *Hirsch*, BGB Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 3 Rn. 68; *Boecken*, BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 2012, Rn. 200; *Leipold*, BGB I, 10. Aufl. 2019, Rn. 15; *Hau/Musielak*, Grundkurs BGB, 13. Aufl. 2013, § 2 Rn. 58; *Medicus/Petersen*, Grundwissen zum Bürgerlichen Recht, 10. Aufl. 2014, § 5 Rn. 57; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 22.

[4] Vgl. *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 149; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 22.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Themen Entscheidungen getroffen werden und die Beschlussprozedur bei weitem nicht so förmlich vollzogen wird wie etwa in einer aktienrechtlichen Hauptversammlung. Ein praktisches Bedürfnis wird ferner nicht von der Hand zu weisen sein, wenn alle mit der Beschlussprozedur betrauten Personen ohne Vorbildung in der Rechtsgeschäftslehre agieren und ausdrückliche Erklärungen seltener abgegeben werden als bei professionellen Organwaltern. Schließlich scheint eine Klärung der Thematik notwendig, da sich bei konkludent gefassten Beschlüssen die Frage nach dem Schutz der nicht anwesenden Organwalter stellt.

I. Meinungsbild im Bürgerlichen Recht und Gesellschaftsrecht

Die oben in § 4 untersuchte Beschlussprozedur ist augenscheinlich relativ förmlich, was sie aufgrund ihres legitimierenden Charakters auch sein muss, sodass eine gewisse Skepsis an einem konkludenten Zustandekommen des Beschlusses naheliegend scheint. Tatsächlich ist das Meinungsbild im Schrifttum vielfältig:

Im Wohnungseigentumsrecht lehnen viele Autoren konkludent gefasste Beschlüsse ab, da stets ein förmliches Verfahren erforderlich sei.[5] Der *V. Senat* des BGH lässt sie hingegen zu.[6] Er erkennt sogar an, dass aus dem Gesamtverhalten eines Organwalters ein bloßes Schweigen als Stimmabgabe zu werten sein könne.[7] Auch die bloß konkludente Verkündung des Beschlusses erkennt der BGH seit Langem an.[8]

In der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre[9] und im Gesellschaftsrecht[10] entspricht es weit verbreiteter Auffassung, dass Beschlüsse, insbesondere in Gesellschafter-

[5] *Greiner*, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. 2014, § 7 Rn. 851; *Engelhardt,* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 23 WEG Rn. 3; *Hermann,* in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 66; *Hügel,* in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 23 WEG, Rn. 4; tendenziell ablehnend *Schultzky,* in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 24 Rn. 127 (für Geschäftsordnungsbeschlüsse); tendenziell ebenfalls ablehnend *Wicke,* in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 23 WEG Rn. 1. Allgemein auch strikt gegen konkludente Beschlüsse *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 20. Bejahend aber *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, vor §§ 23 ff. Rn. 5 und bei Rn. 25 (zu Recht) auch bejahend zur konkludenten Beschlussverkündung.

[6] BGH, Beschl. v. 19.09.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63, 67: „Wie jede andere Willenserklärung muss die Stimmabgabe nicht ‚ausdrücklich' erfolgen".

[7] BGH, Beschl. v. 19.09.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63, 67.

[8] BGH, Urt. v. 23.08.2001 – V ZB 17/01, NJW 2001, 3339, 3342.

[9] *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 46. Knapp schon *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, der auf S. 108 den stillschweigenden, konkludenten Antrag und auf S. 130 die konkludente Stimmabgabe für möglich einschätzt.

[10] *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 154; *Roth*, in: Altmeppen/Roth, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 48 Rn. 16; *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 48 Rn. 583 (keine förmliche Feststellung notwendig); *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 154; *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 278; *Roth,* in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 119 Rn. 27; *Casper*, in:

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

versammlungen einer Personengesellschaft oder einer GmbH auch konkludent gefasst werden können, ferner durch langjährige Übung. Dabei sollen die Beschlussgegenstände konkludenter Beschlüsse sogar Grundlagengeschäfte betreffen können. Beispielsweise bestehen im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum offenbar keine Bedenken, dass die Gesellschafterversammlung einer OHG konkludent einen Auflösungsbeschluss fasst, etwa wenn die Gesellschaft ihren Sitz ins Ausland verlegt.[11] Als weiteres Beispiel mag dienen, dass keine Bedenken in Rechtsprechung und Schrifttum bestehen, dass der Beschluss, mit dem der Jahresabschluss einer OHG oder KG festgestellt wird, konkludent zustande kommt.[12]

Beim *Aufsichtsrat* entspricht es hingegen der ganz herrschenden Meinung, dass Beschlüsse nicht konkludent gefasst werden können.[13] Die Rechtslage bei einem nur konkludent gefassten Beschluss soll so sein, wie wenn kein Beschluss gefasst worden wäre.[14] Das wird damit begründet, dass aus Gründen der Rechtssicherheit gewährleistet sein müsse, dass das Zustandekommen eines Beschlusses festgestellt werden kann. Dies sei bei konkludent gefassten Beschlüssen nicht möglich, da bei diesen nicht festgestellt werden könne, inwieweit Beschlussfähigkeit, Zustimmung, Ablehnung und Stimmenthaltungen gegeben waren. Das seien aber für eine Abstimmung unerlässliche Feststellungen.[15] Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft sollen andererseits wieder Beschlüsse durch konkludentes Verhalten fassen können.[16] Keine Bedenken bestehen im Schrifttum ferner, dass Aktionäre in der Hauptversammlung konkludent ihre Stimmen abgeben.[17]

Der Befund gestaltet sich damit sehr heterogen. Eine gemeinsame Argumentationslinie ist kaum erkennbar. Auffallend ist jedoch, dass in den näher untersuchten Rechtsgebieten der konkludent gefasste Beschluss als Rechtsgeschäft angesprochen wird, aber selten eine Unterscheidung danach vorgenommen wird, ob die einzelnen

---

Bork/Schäfer, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 47 Rn. 5; *Flinckh*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 119 Rn. 27. Als Beispiel für eine jahrelange Übung siehe etwa BGH, Urt. v. 18.04.2005 – II ZR 55/03, DStR 2005, 1236; als Beispiel für einen konkludenten Beschluss durch Unterschriftsleistungen aller Gesellschafter OLG Dresden, Urt. v. 10.07.2001 – 2U 63201, NZG 2001, 1141, 1142 (unter 2.2.2.).

[11] *Schmidt*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 131 Rn. 19.

[12] BGH, Urt. v. 03.11.1975 – II ZR 87/74, WM 1975, 1261; *Finckh*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 120 HGB Rn. 27.

[13] BGH, Urt. v. 11.07.1953 – II ZR 126/52, NJW 1953, 1465; BGH, Urt. v. 06.04.1964 – II ZR 75/62, BGHZ 41, 282, 286; BGH, Urt. v. 19.12.1988 – II ZR 74/88, NJW 1989, 1928, 1929; BGH, Urt. v. 21.06.2010 – II ZR 24/09, AG 2010, 632 (das OLG Celle bejahte hingegen noch einen konkludent gefassten Beschluss); *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 22; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 108 Rn. 4.

[14] BGH, Urt. v. 21.06.2010 – II ZR 24/09, AG 2010, 632; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 108 Rn. 4.

[15] BGH, Urt. v. 21.06.2010 – II ZR 24/09, AG 2010, 632, Tz. 14.

[16] *Spindler*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 77 Rn. 24.

[17] *Brox*, DB 1965, 731, 733.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Stimmen konkludent abgegeben werden können oder der Beschluss konkludent verkündet werden kann.

II. Analyse und Stellungnahme

Versucht man den verschiedenen Sichtweisen auf den Grund zu gehen, lassen sich kaum Ansätze finden, die im Sinne der klassischen Methodenlehre einer Auslegungsmethode zuzuordnen wären. Das überrascht auch nicht, da der Gesetzgeber an keiner Stelle geregelt hat, ob Beschlüsse auch konkludent gefasst werden können. Infolgedessen lässt sich auch keine Norm auslegen.

Im Gegenzug ist allerdings auch kaum begründet worden, warum eine konkludente Beschlussfassung *möglich* sein soll. Da das übergeordnete Ziel der vorliegenden Arbeit die Einbettung des Beschlusses in die allgemeine Rechtsgeschäftslehre ist, scheint es zielführend, zu den Wurzeln zurückzukehren. Bei Lichte betrachtet handelt es sich bei konkludent gefassten Beschlüssen nämlich primär um die Auslegung von Willenserklärungen.

1. Rückbesinnung auf die Lehre vom objektiven Empfängerhorizont

Danach ist für die Frage, ob Beschlüsse auch konkludent gefasst werden können, zunächst relevant, ob die jeweilige Stimmabgabe, die eine Willenserklärung darstellt, aus Sicht des Empfängers[18] als Stimmabgabe zu verstehen ist, auch wenn sie nicht ausdrücklich im Wege einer förmlichen Abstimmung abgegeben wurde. Diese aus dem allgemeinen Bürgerlichen Recht bekannte Herangehensweise (Lehre vom objektiven Empfängerhorizont) scheint schon deshalb angezeigt, da die allgemeine Vorschrift des Bürgerlichen Rechts zur Auslegung von Willenserklärungen (§ 133 BGB) entsprechend auch auf Stimmabgaben anwendbar ist. Stimmabgaben sind empfangsbedürftige Willenserklärungen[19] und als solche auslegbar.[20] Da die Organwalter Willenserklärungen abgeben, die auf die Entstehung eines Beschlusses gerichtet sind, muss sich der einzelne Organwalter aus Gründen des Vertrauens-

[18] So wie selbstverständlich der BGH, Beschl. v. 19.09.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63, 67.

[19] Allgemein etwa *v. Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 516; *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45 und 53*, Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 20. Für das GmbH-Gesellschaftsrecht etwa *Drescher*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 47 Rn. 10a. Für das Wohnungseigentumsrecht BGH, Beschl. v. 19.09.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63, 67; *Schultzky*, in: Ring/Grziwotz/Keukenschrijver, BGB, 4. Aufl. 2016, § 10 WEG Rn. 44; *Engelhardt,* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 23 WEG Rn. 2; *Merle*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 62 („Für die Auslegung von Beschlüssen gelten grds. die allgemeinen Auslegungsregeln für Rechtsgeschäfte (§§ 133, 157 BGB))".
Zur Auslegung von Beschlüssen siehe schon oben in § 3 III. 1.

[20] BGH, Beschl. v. 19.09.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63, 67.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schutzes an der Bedeutung seines Stimmverhaltens festhalten lassen, die der Empfänger der Stimmabgabe – regelmäßig der Versammlungsleiter[21] – dem Verhalten beimessen durfte.[22] Ist aus Sicht des Empfängers von einer Stimmabgabe auszugehen, kann insgesamt ein wirksamer Beschluss entstehen.[23] Entscheidend ist also nicht, ob ausdrücklich eine Hand gehoben, eine Stimmkarte abgegeben oder ein Stimmzettel ausgefüllt wurde, sondern stets nur, was der Empfänger der Willenserklärung verstehen durfte. In den Kollektivorganen ist also regelmäßig zu fragen, ob *aus Sicht des Versammlungsleiters* – denn dieser ist der Empfänger der Willenserklärungen – von einer Stimmabgabe auszugehen war. Ist dies der Fall, ist nicht hinderlich, dass der Beschluss konkludent gefasst wurde.

2. Verzicht auf formalen Rahmen möglich

Es mag sein, dass ein konkludent gefasster Beschluss außerhalb des üblichen Rahmens liegt. Es kann also sein, dass der Beschlussgegenstand beispielsweise nicht angekündigt wurde (vgl. etwa § 51 Abs. 2 GmbHG und § 23 Abs. 2 WEG[24]), der Beschlussgegenstand auch nicht förmlich aufgerufen wurde und ferner keine förmliche Abstimmung stattgefunden hat, wie etwa durch Stimmkarten oder Handzeichen. Dennoch darf nicht vergessen werden, dass die Stimmabgabe im Regelfall formfrei möglich ist[25] und die Organwalter frei sind, auf Form- und Fristerfordernisse zu verzichten und damit im Einzelfall die Beschlussprozedur vereinfachen können.[26] Der Hinweis der Gegenauffassung, es sei zwingend ein förmliches Verfahren erforderlich, trägt daher in dieser Absolutheit nicht. Zu dem gleichen Ergebnis – konkludente Beschlüsse sind möglich – gelangt man, wenn man aus Sicht des Versammlungsleiters argumentiert. Dieser kann die Details zur Beschlussprozedur und insbesondere die Art der Abstimmung festlegen.[27] Lässt der

[21] Wie selbstverständlich für das Wohnungseigentumsrecht BGH, Beschl. v. 19.09.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63, 67 und etwa *Elzer/Riecke*, in: PWW, BGB, Vorb. vor §§ 23 bis 25 WEG Rn. 2. Genauso selbstverständlich für das Vereinsrecht *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 17 Rn. 43.

[22] In allgemeiner Form so *Busche*, in: FS Säcker, 2011, S. 45. Für den Aufsichtsrat bejaht *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 24 die Möglichkeit der konkludenten Stimmabgabe (verneint dann aber mit der h. M. die konkludente Beschlussfassung).

[23] Im Ergebnis übereinstimmend mit BGH, Beschl. v. 19.09.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63, 67.

[24] Dazu ausführlich in § 4 III. 4.

[25] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 147. Siehe oben zu dem Sonderfall der Niederschrift § 4 VIII. 1.

[26] Für die Wohnungseigentümerversammlung etwa *Drabek*, in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 40; *Hügel*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 23 WEG Rn. 13; *Bartholome*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 23 Rn. 4; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 11.

[27] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 20. Ähnlich auch BGH, Beschl. v. 19.09.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63, 67.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Versammlungsleiter eine konkludente Stimmabgabe genügen, entspricht diese gerade dem von ihm festgelegten Verfahren.

3. Irrweg bei Beschlüssen des Aufsichtsrats

Vergleicht man die hier entwickelte Argumentation nun noch einmal mit dem obigen Befund zum Recht des aktienrechtlichen Aufsichtsrats, erscheint die gefestigte Linie des BGH hierzu als nicht überzeugend. Der BGH lässt im Aufsichtsrat seit Jahrzehnten keine konkludent gefassten Beschlüsse zu, beruft sich hierfür jedoch nur auf die Rechtssicherheit. Diese sei in Gefahr, da bei konkludent gefassten Beschlüssen nicht festgestellt werden könne, inwieweit Beschlussfähigkeit, Zustimmung, Ablehnung und Stimmenthaltungen gegeben waren. Dies seien für eine Abstimmung aber unerlässliche Feststellungen.[28]

Der BGH verquickt hier die materiell-rechtliche Rechtsgeschäftslehre mit Fragen der Beweisführung aus dem Prozessrecht. Schon das Argument der „Rechtssicherheit" deutet auf den prozessrechtlichen Gedankengang des BGH hin. Die scheinbar nicht möglichen Feststellungen werden von Bedeutung, wenn der Beschluss infrage gestellt wird – ebenfalls ein prozessrechtlicher Ansatz, das sogenannte Bestreiten des Sachvortrags (vgl. § 138 Abs. 2 ZPO).

Dieser Ansatz des BGH überzeugt nicht. So wird auch sonst in der Rechtsgeschäftslehre des Bürgerlichen Rechts das Argument nicht anerkannt, ein Vertrag sei deshalb nicht zustande gekommen, weil sein Zustandekommen schwer oder nicht beweisbar ist – etwa, weil keines der fünf Strengbeweismittel der Zivilprozessordnung dem Kläger zur Verfügung steht. Richtig ist vielmehr, dass materiell-rechtlich ein Rechtsgeschäft zustande gekommen sein kann, aber dessen Nachweis – unterstellt, der Beklagte bestreitet den Vortrag – schwierig, vielleicht sogar nicht erbracht werden kann.

Darüber hinaus führt die Ansicht des BGH dazu, dass die Beschlussprozedur ohne Not um das Merkmal der Nachweisbarkeit erweitert wird. Dies verwundert schon deshalb, da auch sonst in Rechtsprechung und Schrifttum nicht angenommen wird, dass Stimmabgaben stets so abgegeben werden müssen, dass deren Feststellung auch dann noch nachweisbar ist, wenn zeitlich versetzt vor Gericht das Entstehen des Beschlusses bestritten wird. Das Gegenteil ist der Fall: Nach allgemeiner Meinung bestehen keine Bedenken dagegen, dass in der Beschlussprozedur die einzelnen Stimmen mündlich abgegeben werden. Im Duktus des BGH müsste auch hier die Rechtssicherheit in Gefahr sein, da zu einem späteren Zeitpunkt schwerlich nachzuweisen ist, wer zugestimmt, den Beschlussantrag abgelehnt oder sich der Stimme enthalten hat. Noch weniger überzeugend wird der Weg des BGH, wenn man be-

[28] Wörtlich so in BGH, Urt. v. 21.06.2010 – II ZR 24/09, AG 2010, 632, Tz. 14. Interessanterweise argumentiert der BGH nicht entsprechend bei der Frage, ob Stimmabgaben auch geheim möglich sind. Hier stellt sich genauso ein Bedürfnis nach diesen Feststellungen. Vgl. ausführlich in § 15.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

denkt, dass die herrschende Meinung – was noch zu überprüfen sein wird – sogar die geheime Stimmabgabe zulässt, bei der die Nachweisbarkeit, welche Organwalter wie abgestimmt haben, meist nicht gegeben ist.

Diese Überlegungen legen den Blick darauf frei, dass der BGH bei seiner Ansicht die Bedeutung des Versammlungsleiters vernachlässigt. Inwieweit Beschlussfähigkeit, Zustimmung, Ablehnung und Stimmenthaltungen bestehen, ist eine Aufgabe, die der Versammlungsleiter zu klären hat. Wenn aus Sicht des objektiven Empfängers – und nur darauf ist nach der Lehre des objektiven Empfängerhorizonts abzustellen – die Beschlussfähigkeit gegeben ist, er bei einem Organwalter von einer Zustimmung, Ablehnung oder Stimmenthaltung ausgeht, dann ist seine Einschätzung (jedenfalls zunächst[29]) maßgeblich und mündet in der Verkündung des positiven oder negativen Beschlusses.

Damit fällt allerdings noch ein Weiteres auf: Die Verquickung von materiellrechtlicher Rechtsgeschäftslehre mit Fragen der Beweisführung im Prozessrecht konnte schon oben bei der Untersuchung des Versammlungsleiters beobachtet werden.[30] So wurde gezeigt, dass vor allem deshalb mancherorts die Beschlussverkündung als ein Tatbestandsmerkmal der Beschlussprozedur abgelehnt wird, weil – außerhalb der aktienrechtlichen Hauptversammlung mit notarieller Beurkundung der Beschlussprozedur – in Kollektivorganen wie der GmbH-Gesellschafterversammlung keine nachweisbare Feststellung des Abstimmungsergebnisses möglich sei. Eine solche Beschlussfixierung[31] sei aber die Grundlage für eine etwaige spätere gerichtliche Überprüfung und daher Grundlage für den Beschluss als Rechtsgeschäft. Hier wie dort ist diesen Ansätzen entgegenzuhalten, dass materiellrechtliche Voraussetzungen nicht an der Frage der Nachweisbarkeit festzumachen, sondern aus dem Bürgerlichen Recht zu entwickeln sind. Wollte man dem Ansatz des BGH und der schon oben gezeigten Verquickung von materiell-rechtlicher Rechtsgeschäftslehre mit Fragen der Beweisführung im Prozessrecht folgen, müsste man konsequenterweise mangels Fixierung der Willenserklärungen bald jeden Vertragsschluss in Frage stellen. Denn wer wollte behaupten, dass bei vielen Massenverträgen des täglichen Lebens rechtssicher Willenserklärungen fixiert würden, die im Falle der gerichtlichen Überprüfung zweifelsfrei bewiesen werden könnten?

Nach alldem kann kein Zweifel bestehen, dass auch im Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft – und über § 52 GmbHG damit auch bei der GmbH – konkludent gefasste Beschlüsse möglich sind. Die Lösung war dabei nicht im Prozessrecht zu suchen, sondern im Bürgerlichen Recht. Die Lehre vom objektiven Empfängerhorizont hat auch für die Beschlussprozedur überzeugende Ergebnisse geliefert.

---

[29] Dazu oben in § 4 VI. 1.

[30] § 4 VI. 1.

[31] Zu diesem Begriff *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 149 ff., 158 ff. und oben in § 4 VI. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

4. Beispielsfälle

Zwei Beispiele aus dem Bürgerlichen Recht und Gesellschaftsrecht sollen die gefundenen Ergebnisse veranschaulichen.

Als erstes Beispiel mag der Verwalter einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer dienen, der in der Versammlung von gerissenen Dachziegeln berichtet, die er soeben entdeckt hat, und meint, „Da könnte ich mal für Ersatz sorgen". Alle Wohnungseigentümer sind anwesend und äußern überschwänglich, dass es gut sei, einen so aufmerksamen und gewissenhaften Verwalter zu haben. Der Verwalter äußert: „Gut, dann kümmere ich mich darum".[32] Da hier eine Vollversammlung vorlag, die Wohnungseigentümer also wirksam auf die Ankündigung des Beschlussgegenstands verzichten konnten,[33] eine Aussprache nicht für nötig empfunden wurde und der Beschlussantrag schlüssig in dem Vorschlag des Verwalters enthalten war, ist in der mit Rechtsbindungswillen getätigten Äußerung der Wohnungseigentümer eine konkludente Stimmabgabe und in der Handlung des Verwalters in seiner Funktion als Versammlungsleiter eine konkludente Verkündung des Beschlusses zu sehen. Der Beschluss als Rechtsgeschäft ist damit konkludent zustande gekommen.[34] Es mag sein, dass manch Organwalter den hier gefassten Beschluss nicht rechtsgeschäftlich erklären könnte. Dies steht dem gefundenen Ergebnis jedoch nicht entgegen, da auch sonst in der Rechtsgeschäftslehre Vertragsparteien mitunter nicht sofort realisieren, einen Vertrag geschlossen zu haben. Prominentes Beispiel dafür kann der in einer Ehe zustande gekommene Gesellschaftsvertrag einer GbR sein, wenn über die Ehe hinaus ein gemeinsamer Zweck gefördert wird.[35]

Als zweites Beispiel dient eine GmbH, die bestimmte Fahrzeuge herstellt, die von Kommunen nach vorausgegangener Ausschreibung gekauft werden. Der Geschäftsführer der GmbH nahm in der Vergangenheit mehrmals am Flughafen Zürich mit den Geschäftsleitern von drei weiteren großen Herstellern an einem Frühstück

[32] Beispiel nach *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 42. Das „beredte Lächeln" des Versammlungsleiters lassen *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, vor §§ 23 ff. Rn. 25 als konkludentes Verkünden des Beschlusses genügen.

[33] *Greiner,* Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. 2014, Rn. 736; *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 6. Für Körperschaften nennen schon die Motive zum BGB (siehe *Mugdan,* Band I, S. 411) die Möglichkeit einer solchen Vollversammlung, in der die Mitglieder dann auf formale Voraussetzungen wie eine Ankündigung des Beschlussgegenstands verzichten können. Das deckt sich mit dem damaligen Schrifttum. Vgl. so etwa *v. Gierke*, Deutsches Privatrecht I, S. 500.

[34] Im Ergebnis ebenso der BGH etwa für den Fall, dass das eindeutige Abstimmungsergebnis im Protokoll wiedergegeben und in der Versammlung konkludent festgestellt wurde (BGH, Urt. v. 23.08.2001 – V ZB 10/01, NJW 2001, 3339, 3342); im Ergebnis ferner ebenso *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, vor §§ 23 ff. Rn. 5. Gänzlich anders jedoch *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 14, für den „eine konkludente Beschlussfeststellung nicht denkbar ist".

[35] *Neumann*, NZG 2015, 255 f.; *Schöne,* in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 705 Rn. 172 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

teil und besprach hierbei, welcher Hersteller bei welcher Ausschreibung zum Zuge kommen soll.[36] Dadurch war es wohl gelungen, den Marktanteil auszubauen, zumindest aber konstant zu halten. In einer Gesellschafterversammlung sagt sodann der Geschäftsführer, der die Versammlung leiten soll, zu den anwesenden Gesellschaftern: „Bevor wir zu den angekündigten Tagesordnungspunkten kommen, will ich noch anmerken, dass mal wieder ein Frühstück am Flughafen Zürich in Planung ist. In der Vergangenheit sind wir gut gefahren, hieran teilzunehmen". Alle Gesellschafter klopfen dem Geschäftsführer auf die Schulter und meinen „Die Zahlen sprechen für Sie! Was gut läuft, sollte man nicht ändern!". Der Versammlungsleiter antwortet „Vielen Dank, ich werde mein Bestes geben". Später deckt die zuständige Kartellbehörde die Vorgänge auf und bebußt die GmbH. Diese nimmt den Geschäftsführer etwa nach § 43 Abs. 2 GmbHG auf Schadensersatz in Anspruch. Der Geschäftsführer hingegen stellt sich auf den Standpunkt, so gehandelt zu haben, wie es die Gesellschafterversammlung wollte, die schließlich auch über die Führung der Geschäfte entscheiden dürfe (§§ 37 Abs. 1 a. E., 45 Abs. 1 GmbHG).

Auch hier ist ein konkludenter Beschluss gefasst worden. Der Versammlungsleiter hatte die Aussprache über eine Geschäftsführungsmaßnahme i. S. v. § 45 Abs. 1 GmbHG ermöglicht und diese zur Abstimmung gestellt. Ein förmlicher Beschlussantrag, der *wohlweislich* nicht aktenkundig gemacht wurde, hätte gelautet „Die Geschäftsführung soll weiter an Absprachen mit Wettbewerbern über Ausschreibungen teilnehmen". Aus Sicht des Empfängers, des Versammlungsleiters, war das Verhalten der Gesellschafter als schlüssige Stimmabgabe zu verstehen. Die konkludenten Stimmabgaben lauteten alle auf JA. Nach unproblematischer Feststellung der Stimmabgaben, verkündete der Geschäftsführer den einstimmig gefassten Beschluss.[37]

III. Schutz der nicht anwesenden Organwalter vor konkludent gefassten Beschlüssen?

Ist nach alldem nun deutlich geworden, dass Beschlüsse auch konkludent gefasst werden können, bleibt damit zu klären, ob die nicht anwesenden Organwalter hinreichend geschützt sind. Zum einen betrifft dies das Problem, dass konkludent gefasste Beschlüsse besonders häufig Formfehler enthalten können, etwa in der Tagesordnung nicht angekündigt wurden und damit beispielsweise gegen § 23 Abs. 2

[36] Vgl. das OWi-Verfahren B12 – 11/09 des BKartA in Sachen „Feuerwehrfahrzeuge".

[37] Freilich schließt sich nun die Frage an, ob der tatbestandlich zustande gekommene Beschluss als Rechtsgeschäft gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen hat und daher auf der Wirksamkeitsebene nichtig ist (§ 134 BGB, § 1 GWB). Wer dies so sieht, wird die Haftung nach § 43 Abs. 2 GmbHG trotz des konkludenten Gesellschafterbeschlusses bejahen müssen, da der Geschäftsführer den Kartellverstoß natürlich erkennen konnte. Vgl. zur Freistellung von der Haftung aufgrund (nichtigen) Beschlusses *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43 Rn. 35 und im Übrigen zum Beschlussmängelrecht noch in § 16 I.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

WEG oder § 51 Abs. 2 GmbHG verstoßen. Zum anderen kann es sein, dass nicht anwesende Organwalter von dem konkludent gefassten Beschluss nichts mitbekommen haben – etwa weil diese Beschlüsse nicht protokolliert wurden – und sich mangels Kenntnis gegen diesen Beschluss nicht wehren können. Eng damit verbunden ist die Frage, ob konkludent gefasste Beschlüsse bestandskräftig werden können, etwa weil mittlerweile die Anfechtungsfrist des § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG[38] bzw. § 246 Abs. 1 AktG verstrichen ist.

Zunächst ist klarzustellen, dass konkludent gefasste Beschlüsse durchaus in der Tagesordnung angekündigt sein können und lediglich die Stimmabgaben oder die Beschlussverkündung in der Versammlung schlüssig vorgenommen werden. Wurde der konkludent gefasste Beschluss hingegen nicht ordnungsgemäß angekündigt, obwohl Gesetz oder Satzung eine solche Ankündigung vorschreiben, hängt es im Grundsatz davon ab, ob eine Universalversammlung vorliegt – ob also alle Organwalter anwesend sind – und auf diesen Formfehler – die fehlende Ankündigung – verzichten. Ist dies nicht der Fall, kann der konkludent gefasste Beschluss fehlerhaft sein. Ob er erfolgreich angefochten oder mit Erfolg eine Feststellungsklage erhoben werden kann, hängt allerdings davon ab, ob man diesen Formfehler für eine erfolgreiche Klage stets genügen lassen will (ausführlicher zu diesen Beschlussmängeln in § 16). Dies lässt sich pauschal kaum sagen. So kann zum einen häufig von Formvorschriften abgewichen werden, zum anderen muss sich der Ankündigungsmangel nicht unbedingt ausgewirkt haben bzw. nicht unbedingt relevant sein.[39]

Damit wird deutlich, dass konkludent gefassten Beschlüssen der hier aufgeworfene Schutzgedanke nicht grundsätzlich entgegensteht. Mit Blick auf den in § 5 II. gemachten Vorstoß, zumindest bei bestimmten Kollektivorganen nicht nur die Mitwirkungsrechte, sondern auch die Mitwirkungspflichten zu betonen, zeigt sich einmal mehr, dass die Wahrnehmung der Mitwirkungsrechte viele Chancen bietet, unter anderem auch an konkludent gefassten Beschlüssen mitwirken zu können.

[38] Die Regelung soll § 45 Abs. 1 WEG-E in der Fassung des RegE eines WEMoG vom 23.03.2020 entsprechen.

[39] Dazu für das Gesellschaftsrecht *Fleischer/Eschwey*, DB 2018, 810, 814 und für das Wohnungseigentumsrecht etwa *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 65.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 8 Die Willensbildung in Kollektivorganen außerhalb von Versammlungen

Besonderheiten bei der Beschlussprozedur können auch dadurch auftreten, dass die Beschlüsse nicht innerhalb, sondern außerhalb einer Versammlung gefasst werden, etwa in einem schriftlichen[1] Verfahren. Diese Abweichung von der gewöhnlichen Beschlussprozedur wirft eine Reihe von Fragen auf. Sie lassen sich alle darauf zurückführen, dass die Beschlussprozedur im Grundsatz ein formaler Vorgang ist, der den rechtlichen Rahmen dafür bildet, dass ein kollektiver Wille gebildet werden kann.[2] Diese formale Beschlussprozedur bildet die Legitimationsgrundlage für den Beschluss.[3] Argument und Gegenargument, Interesse und Gegeninteresse sollen möglichst am gleichen Ort und zur gleichen Zeit abgewogen werden,[4] damit die Organwalter dann ihre Stimme in rechtmäßiger Weise zu der sie überzeugenden Lösung abgeben können. Solange auch in sehr großen Kollektivorganen genügend Organwalter die Vor- und Nachteile der denkbaren Beschlussanträge zu Tage fördern, kann die Aussprache auch in großen Wohnungseigentümer-, Gesellschafter-, Haupt- und Gläubigerversammlungen einen großen Wert haben. Auf der anderen Seite wird verständlich, warum in größeren Aufsichtsräten die Aussprache oft in die Ausschüsse (§ 107 Abs. 3 AktG) verlagert wird oder in größeren Wohnungseigentumsanlagen Teilversammlungen abgehalten werden, in denen ebenfalls Beschlüsse gefasst werden.[5]

Es gilt nun zu klären, ob auf die der Beschlussfassung vorausgehende Aussprache verzichtet werden kann,[6] wer an Beschlüssen, die außerhalb von Versammlungen

---

[1] Wenn nachfolgend mit „schriftlich" die Schriftform nach § 126 BGB gemeint ist, wird dies besonders deutlich gemacht; andernfalls meint „schriftlich" alle Varianten einer Beschlussfassung außerhalb einer Versammlung.

[2] Ähnlich *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 10.

[3] *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 3; *Skauradszun*, ZWE 2020, 105, 107. Siehe oben in § 4.

[4] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 121.

[5] Die Ausschüsse spricht schon *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 122 an; zu den Teilversammlungen siehe etwa *Drabek*, in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 5 und *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 12.

[6] Zu dem Sonderfall, dass behördliche Anordnungen Versammlungen zeitweilig verbieten und stattdessen kraft Gesetzes schriftliche Beschlussfassungen ermöglicht werden, *Ernst*, ZIP 2020, 889.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gefasst werden, mitwirken darf, insbesondere, wenn ein Organwalter einem Stimmverbot unterliegt, und schließlich ob auch bei außerhalb von Versammlungen gefassten Beschlüssen eine konstitutive Beschlussverkündung vonnöten ist.

I. Befund im Bürgerlichen Recht, Gesellschaftsrecht und im Insolvenzrecht

Teils wird im Schrifttum angenommen, dass Stimmabgaben außerhalb von Versammlungen grundsätzlich nicht möglich seien.[7] Dahinter steht die Vorstellung, dass die Mitglieder von Kollektivorganen ausnahmslos zu einer Versammlung zusammenkommen müssen und der entsprechende Wille nur dort gebildet werden kann. Die Versammlung stelle damit ein „organisatorisches Korsett“[8] dar. Diametral dazu steht der Vorschlag im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum, auf eine Versammlung gänzlich zu verzichten, wenn die Gesellschaftsrechtsgesetze für eine Beschlussfassung keine Form vorschreiben.[9]

Sieht man die verschiedenen Gesetze nach Beschlussfassungen außerhalb von Versammlungen durch, scheint der Gesetzgeber für die Willensbildung in Kollektivorganen nicht zwingend eine Versammlung vorzuschreiben.[10] Andernfalls wäre es kaum zu erklären, warum der Gesetzgeber in einigen Gesetzen sowohl das Umlaufverfahren als auch die schriftliche Stimmabgabe erlaubt, die offenbar Varianten einer Beschlussfassung außerhalb einer Versammlung darstellen.

So ist im Vereinsrecht nach § 32 Abs. 2 BGB ein Beschluss auch ohne Versammlung der Mitglieder gültig, wenn alle Mitglieder ihre Zustimmung zu dem Beschluss schriftlich erklären.[11] Für den mehrköpfigen Vorstand des Vereins gilt Gleiches wegen des Verweises in § 28 BGB auf § 32 Abs. 2 BGB.

Im GmbH-Gesellschaftsrecht ist nach § 48 Abs. 2 GmbHG die Abhaltung einer Gesellschafterversammlung nicht erforderlich, wenn sich sämtliche Gesellschafter in Textform mit der zu treffenden Bestimmung (Alt. 1) oder mit der schriftlichen Abgabe der Stimmen einverstanden erklären (Alt. 2). Augenscheinlich wollte der Gesetzgeber im Ausgangspunkt die Gesellschafter dadurch schützen, dass sie auf die Abhaltung einer Versammlung aktiv verzichten müssen, da ohne Versammlung kaum mehr die Möglichkeit einer Aussprache und Korrektur von Meinungen möglich ist.[12]

---

[7] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 20.

[8] *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011, S. 154.

[9] *Weipert*, in: Münchener Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Bd. 2, 4. Aufl. 2014, 1. Teil Rn. 116; ähnlich auch *Psaroudakis*, in: Heidel/Schall, HGB, 3. Aufl. 2019, § 119 Rn. 2.

[10] Ähnlich *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 134.

[11] *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 71.

[12] Vgl. *Teichmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 48 Rn. 22.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Es wird gleichwohl deutlich, dass auf eine solche Aussprache tatsächlich verzichtet werden kann. Weiter führt das zu dem interessanten Umstand, dass an einem schriftlich gefassten Beschluss auch diejenigen Gesellschafter mitwirken dürfen und müssen, die in einer gewöhnlichen Gesellschafterversammlung einem Stimmverbot unterliegen würden.[13] Bei der 1. Alternative bedarf es daher einer doppelten Einstimmigkeit: Die Gesellschafter müssen alle dem Verfahren *und* dem Beschlussantrag zustimmen.[14] Um diese Hürde abzumildern und damit das Verfahren praxistauglich zu machen, hat der Gesetzgeber vorgesehen, dass schon die einfache Textform im Sinne von § 126b BGB genügt, also etwa die Stimmabgabe per E-Mail.[15]

Ferner hat das Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (COVMG[16]) vom 27.03.2020 gezeigt, dass § 48 Abs. 2 GmbHG noch weiter vereinfacht werden kann. So können vorübergehend Beschlüsse der Gesellschafter in Textform oder durch schriftliche Abgabe der Stimmen *auch ohne Einverständnis* sämtlicher Gesellschafter gefasst werden. Dies macht deutlich, wie flexibel die Willensbildung im Kollektivorgan außerhalb der physischen Gesellschafterversammlung sein kann.

Im Aktienrecht gilt seit dem Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie (ARUG) bei der Hauptversammlung, dass die Satzung eine elektronische Teilnahme zulassen kann, wobei die Aktionäre die Aussprache online verfolgen und ihr Auskunftsrecht i. S. v. § 131 AktG per E-Mail ausüben und sodann elektronisch abstimmen können. Als Alternative dazu wird ermöglicht, dass Aktionäre ihre Stimme schriftlich außerhalb der Versammlung abgeben („Briefwahl“).[17] Art. 1 § 1

[13] *Zöllner/Noack,* in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 48 Rn. 6; *Teichmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 48 Rn. 22; *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 48 Rn. 35; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 48 Rn. 40; bis zur Vorauflage auch *Roth,* in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 48 Rn. 4; *Psaroudakis*, in: Heidel/Schall, HGB, 3. Aufl. 2019, § 119 Rn. 4. Zu dem Sonderfall des MaßnG-GesR (zeitweilig untersagte Versammlungen) und zur Beachtung von Stimmverboten in diesem Sonderfall *Ernst*, ZIP 2020, 889.

[14] *Deckert*, ZMR 2008, 587; *Teichmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 48 Rn. 22 f.

[15] Vgl. OLG Jena, Beschl. v. 09.01.2006 – 6 U 569/05, GmbHR 2006, 985, 986.

[16] BGBl. I, S. 569 vom 27.03.2020, Art. 2 § 2.

[17] *von Nussbaum*, GWR 2009, 215 f.; *Rieckers,* in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 134 Rn. 85; *Drinhausen*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 118 Rn. 1. Die Briefwahl kommt in der Praxis häufig zum Einsatz, macht aber im Verhältnis zum Grundkapital meist nur einen verschwindend geringen Teil aus. 2018 war beispielsweise auf der ordentlichen Hauptversammlung der *Linde* AG 69,98 % des Grundkapitals vertreten, 308.344 weitere Stückaktien, was 0,17 % des Grundkapitals entspricht, haben an der Abstimmung durch Briefwahl teilgenommen. Bei der *Commerzbank* AG war 2018 auf der ordentlichen Hauptversammlung 51,39 % des Grundkapitals vertreten, 316.446 Stimmen wurden per Briefwahl abgegeben, was 0,03 % des Grundkapitals entspricht (Nachweise auf www.the-linde-group.com und www.commerzbank.de).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abs. 2 COVMG hat auch bei Aktiengesellschaften weitere Möglichkeiten der Willensbildung in Kollektivorganen außerhalb physischer Versammlungen geschaffen und ermöglicht die rein *virtuelle* Hauptversammlung.[18] Das Stimmrecht kann über elektronische Kommunikation sowie Vollmachtserteilung ausgeübt (Nr. 2), das Fragerecht im Wege der elektronischen Kommunikation eingeräumt werden (Nr. 3).

Für Vorstandsbeschlüsse wird teils auf §§ 28, 32 Abs. 2 BGB Bezug genommen.[19] Danach werden die Regelungen zur Beschlussfassung in der Mitgliederversammlung für die Beschlussfassung der Vereinsvorstände entsprechend angewandt. Diese Regelungen lassen schriftlich gefasste Beschlüsse zu. Da das Aktienrecht hinsichtlich der Form keine Vorschriften macht, sollen auch formfreie Beschlüsse, etwa per E-Mail, möglich sein.[20]

Hinsichtlich der Beschlüsse im Aufsichtsrat werden schriftliche Stimmabgaben nach § 108 Abs. 3 Satz 1 AktG insoweit zugelassen, als dass abwesende Aufsichtsratsmitglieder ihre Stimmen überreichen lassen können, um so an der Beschlussfassung des Aufsichtsrats und seiner Ausschüsse teilzunehmen. Damit soll ausgeglichen werden, dass Aufsichtsratsmitglieder nach verbreiteter Ansicht keine Stellvertreter haben können.[21]

Im Personengesellschaftsrecht hat der Gesetzgeber für die Stimmabgaben in Gesellschafterversammlungen keine Formvorschriften vorgesehen, weshalb im Schrifttum angenommen wird, für wirksame Beschlussfassungen sei weder eine Gesellschafterversammlung noch ein schriftliches Abstimmungsverfahren erforderlich.[22]

Ganz ähnlich ist die Rechtslage im Wohnungseigentumsrecht. Nach § 23 Abs. 3 WEG ist ein Beschluss auch ohne Versammlung gültig, wenn alle Wohnungseigentümer ihre Zustimmung zu diesem Beschluss schriftlich erklären.[23]

Schließlich kennt auch § 242 Abs. 1 InsO die schriftliche Abstimmung für die Gläubigerversammlung im Insolvenzplanverfahren. Ist danach ein gesonderter

[18] Zur virtuellen Hauptversammlung *Simons/Hauser*, NZG 2020, 488.

[19] *Spindler*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 77 Rn. 23.

[20] *Weber*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 77 Rn. 21; *Spindler*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 77 Rn. 24.

[21] *Spindler,* in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 108 Rn. 53; *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 177 ff.; *Giedinghagen*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 52 Rn. 364. Zur Stellvertretung bei der Stimmabgabe siehe noch ausführlich in § 11 I.

[22] *Weipert*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, 4. Aufl. 2014, 1. Teil Rn. 116 (zur KG), 3. Teil Rn. 79 (zur OHG); *Enzinger*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 40; *Finkh*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 119 HGB Rn. 27; *Lieder*, in: Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 119 Rn. 36; *Klimke*, in: BeckOK HGB, 27. Ed. 15.10.2019, § 119 Rn. 65. Schriftlich gefasste Beschlüsse wie selbstverständlich akzeptiert etwa vom KG, Urt. v. 21.12.2009 – 26 U 243/08, BeckRS 2010, 02827.

[23] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 22; § 23 Abs. 3 WEG-E: Textform.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abstimmungstermin bestimmt, kann das Stimmrecht auch schriftlich ausgeübt werden.

Im Schrifttum wird ferner die Kombination erlaubt, wonach einige Organwalter ihre Stimme in der Versammlung abgeben, andere im schriftlichen Verfahren.[24]

II. Verzicht auf die Beschlussverkündung im schriftlichen Verfahren?

So eindeutig dieser Befund auch scheint, finden sich jedoch keine normativen Aussagen dazu, wie die Beschlüsse im schriftlichen Verfahren gefasst werden, insbesondere *wann* der Beschluss als Rechtsgeschäft konstituiert ist.

Beispielsweise im Wohnungseigentumsrecht hat der Verwalter nach verbreiteter Auffassung nach Eingang der letzten Stimme das Ergebnis festzustellen und die Wohnungseigentümer vom Abstimmungsergebnis zu unterrichten.[25] Der Beschluss sei dann verkündet, wenn das Abstimmungsergebnis ausgehangen oder versandt wurde und die Wohnungseigentümer unter gewöhnlichen Umständen von der Verkündung Kenntnis nehmen können.[26] Damit wird deutlich, dass auch bei außerhalb von Versammlungen gefassten Beschlüssen die einzelnen Elemente der oben erarbeiteten Beschlussprozedur beibehalten werden, der letzte Schritt – die Beschlussverkündung – allerdings aufwendiger und langwieriger sein kann als in einer Versammlung. Verzichtbar ist die Beschlussverkündung allerdings nicht.[27] Auch die Bestimmung des genauen Zeitpunkts, wann der Beschluss verkündet und damit entstanden ist, ist mit einer höheren Unsicherheit verbunden. Insbesondere in den Fällen, in denen Beschlüsse mit einer fristgebundenen Anfechtungsklage angegriffen werden,[28] können für die Fristberechnung und damit für die Zulässigkeit der Klage Folgefragen aufkommen. Ein Argument, wonach schriftlich gefasste Beschlüsse grundsätzlich nicht möglich wären, ist dies jedoch nicht.

Dahingegen scheint im GmbH-Gesellschaftsrecht die ältere Rechtsprechung und Lehre die Feststellung des Abstimmungsergebnisses und die Beschlussverkündung

---

[24] *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 126 (für die GmbH; hier auch mit der Streitfrage, ob die Gesellschafter in ihrer Gesamtheit oder die Gesellschafterversammlung das maßgebliche Organ sei); *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 209 (für den Aufsichtsrat); *Selter*, ZIP 2018, 1161, 1164 (für die Hauptversammlung); *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 59 (für die Wohnungseigentümerversammlung).

[25] *Drabek*, in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 52; *Merle,* in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 130; *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 62.

[26] Für das Wohnungseigentumsrecht: BGH, Urt. v. 23.08.2001 – V ZB 10/01, NJW 2001, 3339, 3342; *Drabek*, in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 53; *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 62.

[27] *Ernst*, ZIP 2020, 889, 892.

[28] Etwa nach § 46 WEG; für die AG oder GmbH wäre auf §§ 243, 246 AktG (analog) abzustellen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

im schriftlichen Verfahren als erforderlich anzusehen,[29] die jüngere Rechtsprechung und Lehre hingegen als unnötig[30]. Ganz ähnlich klingt diese Auffassung im Schrifttum über den aktienrechtlichen Aufsichtsrat an, wonach die Feststellung und Verkündung „zwar üblich", aber „keine Voraussetzung" sei.[31] In jüngerer Zeit wird in Rechtsprechung und Schrifttum häufig vertreten, dass der Beschluss schon mit Zugang der letzten Stimme wirksam konstituiert sei.[32] Eine Feststellung des Abstimmungsergebnisses und eine Verkündung des Beschlusses gegenüber den Gesellschaftern sei zwar „sinnvoll, aber für die Wirksamkeit nicht zwingend erforderlich"[33], wenn denn die Stimmabgabe anderweitig belegbar sei. In der Rechtsprechung ist die Begründung zu finden, dass auf Stimmabgaben § 130 BGB Anwendung fände, sodass die Stimmabgabe – die Willenserklärung – ab dem Zeitpunkt des Zugangs beim Verband wirksam sei, was genüge.[34]

Der hier zum GmbH-Gesellschaftsrecht dargestellten Auffassung muss lediglich zugutegehalten werden, dass die Feststellung und Verkündung bei schriftlich gefassten Beschlüssen anders vonstattengehen muss als in einer gewöhnlichen Versammlung. Da die abgegebenen Stimmen nicht in der Versammlung ausgezählt und der Beschluss nicht dort verkündet werden kann, muss eine Person nach der Feststellung der Stimmabgaben die Organwalter über den Ausgang der Abstimmung informieren und den Beschluss verkünden. Es ist aber sehr fragwürdig, bei außerhalb von Versammlungen gefassten Beschlüssen auf das Tatbestandsmerkmal der Beschlussverkündung verzichten zu wollen. Man versteht die Position dieser Autoren im GmbH-Gesellschaftsrecht, wenn man sich erinnert, dass es gerade das GmbH-Schrifttum war, welches sich mit dem Tatbestandsmerkmal der Beschlussverkündung besonders schwertut (vgl. oben in § 4 VI. 1.). Deshalb ist der hier gezeigte Befund im GmbH-Recht nicht überraschend, sondern nur konsequent – wenngleich weiter nicht überzeugend. Aus den in § 4 VI. 6. genannten Gründen kann auf das

[29] BGH, Urt. v. 01.12.1954 – II ZR 285/53, NJW 1955, 220: „Da es bei schriftlicher Abstimmung im Einzelfall zweifelhaft sein kann, ob eine echte Abstimmung vorliegt oder nur eine vorläufige Meinungsäußerung, ist das Ergebnis zwar grundsätzlich vom Geschäftsführer festzustellen und allen Gesellschaftern mitzuteilen. Erst hiernach gilt der Beschl. in der Regel als gefaßt" mit Hinweis auf damalige Vorauflagen des *Baumbach/Hueck*, *Scholz* und *Vogel*-Kommentars zum GmbHG. *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 414 empfiehlt daher eine Beschlussverkündung und Mitteilung.

[30] Siehe zu den Vertretern § 4 VI. 1.

[31] *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 112.

[32] OLG Jena, Beschl. v. 09.01.2006 – 6 U 569/05, GmbHR 2006, 985, 986; *Teichmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 48 Rn. 24; bis zur Vorauflage *Roth,* in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 47 Rn. 4 (siehe nun aber *Altmeppen* in der 9. Aufl. 2019 bei § 48 Rn. 46, der – wie hier – an der Beschlussverkündung festhält). Der Ansatz „Kundgabe der letzten Stimme führt zum Beschluss" findet sich in allgemeiner Form schon bei *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 134.

[33] *Teichmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 48 Rn. 24.

[34] OLG Jena, Beschl. v. 09.01.2006 – 6 U 569/05, GmbHR 2006, 985, 986.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Tatbestandsmerkmal der Beschlussverkündung nicht verzichtet werden.[35] Greift man die oben zitierten Äußerungen aus dem Schrifttum noch einmal auf, wonach der Beschluss mit Zugang der letzten Stimme entstanden ist, würde der Beschluss mit jeder eintreffenden Stimme „nach und nach heranwachsen"[36], bis er mit Eintreffen der letzten Stimme entstanden wäre. Dies wäre ein aus Sicht der Rechtsgeschäftslehre eigenartiges Ergebnis.[37] Hinzu kommt bei außerhalb von Versammlungen gefassten Beschlüssen, dass das Bedürfnis, als Organwalter über den Ausgang der Abstimmung informiert zu werden, um Gewissheit zu erhalten, ob der Beschluss gefasst oder abgelehnt wurde, bei einem schriftlich gefassten Beschluss sogar noch höher ist.

Bei der oben erwähnten Kombination aus schriftlichen Stimmabgaben und solchen in der Versammlung (teils gemischte Beschlussfassung genannt[38]), kommt es bei der Beschlussverkündung zu einer weiteren Besonderheit: Während im Ausgangspunkt die Verkündung des Beschlusses in der Versammlung vorzunehmen ist, ist bei der gemischten Beschlussfassung die Abstimmung in der Versammlung noch nicht abgeschlossen. Der Beschluss kann daher in der Versammlung nicht verkündet werden. Der Beschluss entsteht damit nicht schon in der Versammlung. Lässt man die gemischte Beschlussfassung im Grundsatz zu, was aus Sicht der Rechtsgeschäftslehre überzeugend scheint, und billigt man mangels anderslautender Vereinbarungen etwa in der Satzung oder einer Geschäftsordnung dem Versammlungsleiter die Kompetenz zu, eine gemischte Beschlussfassung zuzulassen,[39] dann hat dieser die in und außerhalb der Versammlung abgegebenen Stimmen entgegenzunehmen und nach Abschluss der Abstimmung das Abstimmungsergebnis festzustellen[40] und den Beschluss zu verkünden. Erst ab dem Moment der Verkündung ist dann bei einer gemischten Beschlussfassung der Beschluss als Rechtsgeschäft entstanden.

III. Müssen schriftlich gefasste Beschlüsse gesetzlich zugelassen werden?

Der Gesetzgeber hat die schriftliche Stimmabgabe bei einigen Organen ausdrücklich zugelassen. Nach der hier entwickelten Auffassung bleibt die Be-

[35] Zu Nachweisen siehe § 4 VI. 1. und 6. sowie exemplarisch *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 48 Rn. 46.

[36] So sehr treffend schon bei *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 40 beschrieben.

[37] Wie hier *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 40.

[38] Etwa *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 209 ff.

[39] Für den Aufsichtsrat *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 210.

[40] Bis zur Beschlussfeststellung noch übereinstimmend mit *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 210.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schlussprozedur dabei unverändert. Es bedarf lediglich einer praktischen Durchführung der Beschlussverkündung. Verzichtbar ist dieses Tatbestandsmerkmal in der Beschlussprozedur jedoch auch bei schriftlich gefassten Beschlüssen nicht.

Spricht damit alles dafür, dass Beschlüsse im Grundsatz auch schriftlich gefasst werden können, verbleibt die Frage, ob der Gesetzgeber für das jeweilige Kollektivorgan eine solche Möglichkeit *expressis verbis* normiert haben muss oder ob schriftliche Beschlüsse auch dann möglich sind, wenn bei dem in Rede stehenden Organ hierfür eine normative Grundlage fehlt. Diese Frage ist schon deshalb berechtigt, da beispielsweise für die Gesellschafterversammlung der GmbH schriftlich gefasste Beschlüsse vorgesehen sind, der Gesetzgeber diese Möglichkeit für die Entscheidungsfindung bei einer mehrköpfigen Geschäftsführung in der GmbH jedoch nicht vorgesehen hat. Besonders schwierig wird es, wenn der Gesetzgeber für ein und dasselbe Organ im Allgemeinen schriftlich gefasste Beschlüsse *nicht* vorsieht, für eine spezielle Situation jedoch *expressis verbis* die schriftliche Stimmabgabe zulässt. So lässt sich zur Gläubigerversammlung in einem Insolvenzverfahren, an deren Ende ebenfalls Beschlüsse stehen (§ 76 Abs. 2 InsO), sagen, dass der Bedarf an schriftlichen Beschlüssen in der Praxis hoch ist,[41] das Schrifttum jedoch mangels einer ausdrücklichen Vorschrift ganz überwiegend zögert, schriftlich gefasste Beschlüsse auch in einer Gläubigerversammlung zuzulassen.[42]

1. Schriftlich gefasste Beschlüsse in Gläubigerversammlungen

Die beiden im insolvenzrechtlichen Schrifttum vorgebrachten Argumente, wonach die Meinungsbildung unmittelbar in der Versammlung stattfinden müsse und im Umkehrschluss zum Insolvenzplanverfahren in gewöhnlichen Gläubigerversammlungen keine schriftlich gefassten Beschlüsse möglich seien, sind allerdings beide nicht besonders stark.

Beobachtet man die Praxis von Gläubigerversammlungen – gleich ob im KMU-Bereich oder in Großinsolvenzen –, kommt man um die Feststellung nicht umhin, dass die Präsenz der Gläubiger in Gläubigerversammlungen häufig gering ist und die institutionellen Gläubiger in Vorgesprächen mit dem Insolvenzverwalter oder dem eigenverwaltenden Schuldner (§ 270 InsO) die relevanten Fragen (etwa die zur Fortführung oder Stilllegung des Unternehmens, § 157 InsO) schon vor der Ver-

[41] So schreiben *Ehricke/Ahrens*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 76 Rn. 26 zu Recht, „dass im multimedialen Zeitalter mit extrem kurzen Kommunikationszeiten und der Möglichkeit gekoppelter visueller Präsenz trotz räumlicher Distanz das Unmittelbarkeitserfordernis dem herkömmlichen Verständnis nach überdacht werden könnte". Vgl. zur parallelen Fragestellung im Wohnungseigentumsrecht, ob die Versammlung anstelle einer physischen Zusammenkunft auch als Telefon- oder Videokonferenz stattfinden kann, *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 8.

[42] Verneinend daher *Ehricke/Ahrens*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 76 Rn. 26; *Jungmann*, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 76 Rn. 7; *Herzig*, in: Braun, InsO, 7. Aufl. 2017, § 76 Rn. 9; *Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 76 Rn. 25.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sammlung besprochen haben und die bedeutsamen Weichenstellungen vorab getroffen wurden. Das Unmittelbarkeitserfordernis kann regelmäßig also nicht das ausschlaggebende Argument sein.

Das zweite Argument, wonach der Gesetzgeber die schriftliche Stimmabgabe in § 242 InsO nur für das Insolvenzplanverfahren geregelt hat, nicht aber für die sonstigen Gläubigerversammlungen im Regelverfahren,[43] ist methodisch gesehen richtig, hat aber ebenfalls wenig Überzeugungskraft. Freilich lässt sich systematisch damit ein Umkehrschluss argumentieren, zwingend ist dieser jedoch nicht. Methodisch ließe sich nämlich ohne Weiteres auch argumentieren, dass § 242 InsO analog auf die allgemeine Gläubigerversammlung angewandt werden müsse, da der Gesetzgeber 1992 bzw. 1994 bei der allgemeinen Regelung des § 76 InsO die Möglichkeit der schriftlichen Stimmabgabe noch nicht gesehen hatte,[44] beide Situationen aber hinreichend vergleichbar sind. Das zeigt sich schon daran, dass auch Insolvenzplanverfahren – wie das Regelinsolvenzverfahren – auf eine Liquidation gerichtet sein können.[45] Im Übrigen könnte man argumentieren, dass die schriftliche Stimmabgabe in der Konkursordnung[46] noch nicht bekannt war und der Gesetzgeber, als er die schriftliche Stimmabgabe erstmals in der Insolvenzordnung von 1994 einführte, zunächst an eine Erleichterung im Insolvenzplanverfahren gedacht hat, steht doch hier grundsätzlich für jede Gruppe gesondert eine Abstimmung über den Plan an (§ 243 InsO). Der gesetzgeberische Wille, die Stimmabgaben zu erleichtern, ist damit hinreichend dokumentiert.[47]

Im Ergebnis überzeugt die zögernde herrschende Meinung gleichwohl. Es ist nämlich zuvorderst zu betonen, dass es sich bei der InsO primär um ein Verfahrensgesetz handelt[48] und die Gläubigerversammlung nicht rein materiell-rechtlich betrachtet werden kann, sondern eine vom Gericht geleitete Versammlung darstellt. Wie auch sonst im Prozessrecht ist mit Analogien bei Verfahrensvorschriften Zurückhaltung geboten, da es sich um einen Teil des öffentlichen Rechts handelt[49], aus dem Grundsatz der Formalisierung[50] auch eine strenge Formgebundenheit folgt[51] und

[43] So etwa *Ehricke/Ahrens*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 76 Rn. 26.

[44] So findet sich in der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 12/2443, S. 132 zu § 83 InsO-E und S. 133 zu § 87 InsO-E) kein Hinweis darauf, dass schriftlich gefasste Beschlüsse in der Gläubigerversammlung bzw. im Gläubigerausschuss bedacht wurden.

[45] *Braun/Frank*, in: Braun, InsO, 7. Aufl. 2017, Vorb. §§ 217 – 269 Rn. 1.

[46] Vorgängergesetz zur Insolvenzordnung, aufgehoben m. W. v. 01.01.1999 durch Art. 2 Nr. 4 des Gesetzes vom 05.10.1994 (BGBl. I S. 2911).

[47] Vgl. BT-Drucks. 12/2443, S. 207 f. zu § 287 InsO-E.

[48] *Prütting*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 37. Lfg. 09/2009, Einleitung, Rn. 51 ff.

[49] *Lüke*, Zivilprozessrecht I., 11. Aufl. 2020, § 1 Rn. 2; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 1 Rn. 35.

[50] Grundlegend dazu *Stamm*, Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts, 2007, S. 45 ff.

[51] *Prütting*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 37. Lfg. 09/2009, Einleitung, Rn. 61.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Freiheiten der Privatautonomie nur vereinzelt zugelassen sind[52]. Damit bleibt festzuhalten, dass schriftliche Beschlüsse aus Sicht der Rechtsgeschäftslehre auch in einer Gläubigerversammlung möglich wären, aus Sicht des Verfahrensrechts gegenwärtig aber (noch) nicht zugelassen sind.

2. Schriftlich gefasste Beschlüsse im Gläubigerausschuss

Es finden sich nach alldem keine dogmatischen Anhaltspunkte dafür, dass Kollektivorgane nur dann Beschlüsse schriftlich fassen können, wenn diese Möglichkeit *expressis verbis* zugelassen wurde. Wie gezeigt, gilt dies auch für das Kollektivorgan der Gläubigerversammlung, das in ein Verfahrensgesetz eingebettet ist. Dieser Befund lässt sich eindrucksvoll noch mit einem anderen Kollektivorgan im Insolvenzrecht untermauern. Auch für das Organ „Gläubigerausschuss", also dasjenige Organ, das den Insolvenzverwalter zu unterstützen und zu überwachen hat (§ 69 InsO) und schon als vorläufiger Gläubigerausschuss erheblichen Einfluss auf Personen und Verfahren haben kann (§§ 22a, 270a InsO), finden sich keine Regelungen für die Beschlussfassung und insbesondere nicht für die Stimmabgaben. Geradezu überraschend ist es daher, dass der Gesetzgeber von Anfang an in § 71 InsO die persönliche Haftung der Organwalter im Gläubigerausschuss geregelt hat. § 71 InsO kann dabei nur so verstanden werden, dass das persönliche Stimmverhalten Grundlage für eine Haftung sein kann.[53] Im Schrifttum wird für die innere Organisation des Gläubigerausschusses daher vorgeschlagen, die allgemeinen Regeln zum Vereins- und Gesellschaftsrecht entsprechend heranzuziehen, insbesondere jene für den Aufsichtsrat bei der Aktiengesellschaft.[54] Wer dies so sieht, muss zugeben, dass damit schriftlich gefasste Beschlüsse im Gläubigerausschuss möglich sein müssen, kennen doch sowohl das Vereinsrecht, als auch das GmbH-Gesellschaftsrecht und insbesondere das Recht des Aufsichtsrats diese Möglichkeit.[55] Dieses Ergebnis entspricht auch der Praxis der Gläubigerausschüsse – auch wenn es dogmatisch alles andere als selbstverständlich ist.

---

[52] Etwa bei den Beschlussgegenständen der Beschlüsse des Gläubigerausschusses (§ 72 InsO).

[53] Dazu, dass nicht der Gläubigerausschuss als Organ haftungsfähig ist, sondern die Organwalter persönlich *Lehmann/Rettig,* NZI 2015, 790, 791. Beide Autoren knüpfen die Pflichtverletzung (zu Recht) ausdrücklich an das individuelle Stimmverhalten an. Ausführlich noch in § 16 IV.

[54] *Ampferl*, in: Kübler, Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz, Eigenverwaltung und Insolvenzplan, 2. Aufl. 2015, S. 522 Rn. 14.

[55] §§ 28, 32 Abs. 2 BGB, § 48 Abs. 2 GmbHG, § 108 Abs. 3 Satz 1 AktG, ebenso § 23 Abs. 3 WEG. Ferner so für den Gläubigerausschuss *Zimmer*, in: Bork/Hölzle, Handbuch Insolvenzrecht, 2014, S. 310 Rn. 558.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 9 Willensmängel bei der Beschlussprozedur

Können geschäftsunfähige Personen keinen rechtswirksamen Willen bilden, können sie an einer Beschlussfassung auch nicht mitwirken. Ihre Stimmabgaben wären nach § 105 BGB nichtig.[1] Thematisch verwandt mit der Frage nach nichtigen Stimmabgaben und dem Widerruf von Stimmabgaben ist die Untersuchung, ob eine Stimmabgabe an Willensmängeln leiden und daher der Beschluss oder die Stimmabgabe wegen Willensmängeln angefochten werden kann.[2] Fraglich ist also, ob die §§ 116 ff. BGB auch auf den Beschluss oder die Stimmabgaben anwendbar sind. Es ist nicht fernliegend, dass der Wille Schwankungen unterworfen ist und daher im Nachhinein verändert werden soll.[3] Ein Bedürfnis für eine Korrektur der Stimmabgabe kann ferner schon aufgrund der etwaigen Haftung für das eigene Stimmverhalten nicht von der Hand gewiesen werden.[4] Wird ein Organwalter für sein Stimmverhalten haftbar gemacht, beruht die Stimmabgabe aber auf einem Willensmangel, würde nach erfolgreicher Anfechtung ggf. die Pflichtverletzung entfallen. Denn der Anfechtung wäre entsprechend § 142 Abs. 1 BGB eine *ex tunc* Wirkung beizumessen, sodass die Stimmabgabe als von Anfang an nichtig anzusehen wäre.

Bei genauerer Betrachtung sind allerdings zwei Ebenen zu unterscheiden. Zum einen ist zu fragen, ob die §§ 116 ff. BGB auf den Beschluss oder die Stimmabgaben anwendbar sind, zum anderen welche Auswirkungen ein geltend gemachter Willensmangel bei der Stimmabgabe auf den Beschluss als Rechtsgeschäft hat, insbesondere, wenn dieser bestandskräftig geworden ist.

I. Die einzelnen Willensmängel

Betreffend die erste Frage scheint heute Einigkeit zu bestehen.[5] Die §§ 116 ff. BGB werden im Schrifttum offenbar unproblematisch auch auf die Beschlusspro-

[1] *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 294.

[2] Eine frühe Untersuchung zur Anfechtung der Stimmabgaben (bei Beschlüssen in Körperschaften) findet sich bei *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287.

[3] *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 291.

[4] Auch *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 24 sieht darin eine Motivation.

[5] Vor dem 2. Weltkrieg war diese Frage noch sehr umstritten, vgl. den Überblick und Berichte bei *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zedur angewandt.[6] Dabei seien die §§ 116 ff. BGB zwar nicht auf den Beschluss, dafür aber auf die einzelne Stimmabgabe anwendbar.[7] Man hat etwa bei § 123 BGB offenbar einen getäuschten Organwalter oder einen Organwalter vor Augen, der seine Stimme nur aufgrund einer widerrechtlichen Drohung in einer bestimmten Weise abgegeben hat und ist daher bereit, diesem Organwalter ohne vertiefte Begründung das „Lossagen"[8] von der Stimmabgabe zuzubilligen.[9]

Diese Sichtweise ist gleichwohl im Ergebnis überzeugend. Als überwunden darf zunächst die Vorstellung gelten, dass die Stimmabgaben keine Willenserklärungen seien, sondern gemeinschaftliches Tun, das sich als Tun nicht mehr rückgängig machen ließe.[10] Sodann hilft ein Seitenblick zum Vertragsrecht: auch hier verbinden sich Antrag und Annahme in einem Rechtsgeschäft.[11] Gleichwohl ist die einzelne Erklärung in bestimmten Fällen korrigierbar. Ferner ist es überzeugend, die §§ 116 ff. BGB auch auf Stimmabgaben anzuwenden, da Stimmabgaben zuvorderst Willenserklärungen sind und damit der 2. Titel des Abschnitts über Rechtsgeschäfte, beginnend mit den §§ 116 ff. BGB, in einigen Bereichen unmittelbar anwendbar ist.[12]

1. Der geheime Vorbehalt

Unproblematisch fügt sich etwa der geheime Vorbehalt nach § 116 Satz 1 BGB in das Beschlusswesen ein, denn – wie bei anderen Willenserklärungen auch – ist eine Stimmabgabe nicht deshalb nichtig, weil sich der Organwalter insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen.[13]

---

[6] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 152; *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 23; *Enzinger*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 16.

[7] BayObLG, Beschl. v. 17.11.2004, 2Z BR 178/04, NJW-RR 2005, 664; OLG Stuttgart, Beschl. v. 22.04.1985 – 8 W 68/85, NJW-RR 1986, 243, 244 (umfassend so zu Willensmängeln); *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 294; *Winnefeld,* DB 1972, 1053, 1055; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 2 a und b; *Teichmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 47 Rn. 5.

[8] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 23.

[9] Schon früh *v. Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 516, bei der Täuschung allerdings mit der Einschränkung, dass diese vom Versammlungsleiter ausging oder ihm bekannt war; ferner *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 320.

[10] Siehe überzeugend so schon *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 291 mit einem Überblick über das hierzu vor dem 2. Weltkrieg erschienene Schrifttum.

[11] *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 292.

[12] *Bork,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 13 Rn. 437.

[13] Auch *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 296 wendet § 116 BGB auf die Beschlussfassung an.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Das Scheingeschäft

Schon das Scheingeschäft nach § 117 BGB bereitet jedoch Schwierigkeiten, da es für Rechtsgeschäfte gedacht ist, die auf zumindest zwei übereinstimmenden Willenserklärungen beruhen[14] und eben nicht auf gleichgerichtet abgegebenen Willenserklärungen[15]. Erinnert man sich allerdings, dass der Versammlungsleiter die Stimmen in Empfang nimmt, und stellt sich dann vor, dass ein Organwalter mit dem Versammlungsleiter vereinbart, eine Stimme nur zum Schein abzugeben, wird man sich nicht schwertun, die in § 117 Abs. 1 BGB angeordnete Rechtsfolge – die Nichtigkeit der Willenserklärung – auch hier anzunehmen.[16] Da die Fälle nach § 117 BGB auch sonst deutlich vom Normalfall abweichen, wäre für einen vergleichbaren Fall bei der Beschlussprozedur etwa denkbar, dass sich eines von drei Aufsichtsratsmitgliedern nicht traut, gegen einen Beschlussantrag mit NEIN zu stimmen und daher mit dem Aufsichtsratsvorsitzenden als Versammlungsleiter bespricht, dass er nur zum Schein mit JA stimmen wird. Sodann stimmen die Aufsichtsratsmitglieder ab, nämlich zwei mit JA und einer mit NEIN. Selbst dann, wenn der Versammlungsleiter den Beschluss als zustande gekommen verkündet, wäre er fehlerhaft, da die eine, nur zum Schein abgegebene JA-Stimme nichtig wäre. Alles Weitere, insbesondere die prozessuale Behandlung des Beschlussmangels im Recht des Aufsichtsrats, liegt außerhalb des Gegenstands dieser Untersuchung und ist derzeit lebhaft umstritten.[17] Allein die Frage, wie die bürgerlich-rechtliche Anfechtungsfrist mit etwaigen prozessualen Anfechtungsfristen zusammenhängt, soll sogleich in § 9 III. untersucht werden.

3. Der Mangel der Ernstlichkeit

Deutlich häufiger dürfte der Willensmangel nach § 118 BGB anzutreffen sein. Danach ist eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, nichtig. Als Beispiel kann man sich vorstellen, dass der Versammlungsleiter nach vorausgegangener Aussprache vermutet, dass der Organwalter X für einen Beschlussantrag nunmehr mit JA stimmen wird. Mit einem Augenzwinkern fragt der Versammlungsleiter X, der auf dem Weg zum Stimmzettelbehälter ist, ob dieser nun mit *NEIN* abstimmen werde. Mit versteinerter Miene antwortet X: „Lassen Sie sich mal

[14] *Armbrüster,* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 117 Rn. 8.

[15] *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 29 Rn. 11.

[16] Positiv gegenüber dieser Auslegung des § 117 BGB bei Beschlüssen schon *v. Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 516.

[17] Zu Fehlerkategorien siehe aber noch § 16 I. Überblick und Reformvorschläge ferner bei *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F 95 ff. Der BGH ist der Auffassung, dass der fehlerhafte Beschluss des Aufsichtsrats mit einer Feststellungsklage, nicht aber einer Anfechtungsklage überprüft werden kann (Urt. v. 17.07.2012 – II ZR 55/11, NZG 2012, 1027, Tz. 10). Siehe ferner zum Organstreit im Prozessrecht *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 382 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

überraschen!“. Sodann schreibt X auf seinen Stimmzettel „NEIN“. Der Versammlungsleiter will sodann das Abstimmungsergebnis feststellen und betrachtet den Stimmzettel von X. Während X erwartete, dass der Versammlungsleiter aufgrund des vorangegangenen Blickkontakts die nicht ernstlich gemeinte NEIN-Stimme erkennen werde, kommt der Versammlungsleiter ins Grübeln. Aus Sicht des objektiven Empfängerhorizonts lässt sich diese NEIN-Stimme nicht als JA-Stimme auslegen.[18] Zwar ist der Wortlaut der Stimmabgabe („NEIN“) nicht grundsätzlich entscheidend (§ 133 BGB), der wirkliche Wille lässt sich im Moment der Feststellung des Abstimmungsergebnisses aber nicht erforschen, da aus Sicht eines objektiven Empfängers die drei Szenen „Augenzwinkern des Versammlungsleiters“, „versteinerte Miene des X“ und „NEIN-Stimme“ nicht zusammengebracht werden können. Die Willenserklärung des X wäre daher nach § 118 BGB nichtig. Ob sich dieser sog. „gute Scherz“[19] bitter rächt, hängt zum einen davon ab, ob die eigentlich mögliche JA-Stimme des X für den Positivbeschluss benötigt wurde, zum anderen, ob einem anderen Organwalter nun ein Schaden entsteht. Dann wäre dieser von X zu ersetzen (§ 122 Abs. 1 BGB).[20]

4. Irrtümer, Täuschung und Drohung

Die Willensmängel wegen Irrtums nach §§ 119, 120 BGB und wegen Täuschung und Drohung nach § 123 BGB sind im Grundsatz ebenfalls auf Stimmabgaben anwendbar.[21] So ist es auch praktisch vorstellbar, dass sich ein Organwalter bei der Abstimmung auf Stimmzetteln verschreibt, sein „Kreuz“ irrtümlich falsch gesetzt (Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB[22]), oder eine falsche Vorstellung von dem Inhalt des Beschlussgegenstands hatte (Inhaltsirrtum nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB). Wie auch sonst im Anfechtungsrecht erforderlich, ist die Kausalität zwischen Willensmangel und der Stimmabgabe als Willenserklärung zu untersuchen.[23] Eine Anfechtung ist demnach ausgeschlossen, wenn die im Irrtum befindliche Person die Erklärung auch bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Falles so abgegeben hätte (vgl. § 119 Abs. 1 a. E. BGB).

[18] Knapp dazu, dass auch im Rahmen des § 118 BGB eine Willenserklärung auszulegen ist, *Leipold*, BGB I, 10. Aufl. 2019, § 17 Rn. 13.

[19] *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 17 Rn. 7.

[20] *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 298 wendet zum einen ebenfalls § 118 BGB auf die Stimmabgabe an, zum anderen § 122 BGB als Anspruchsgrundlage der Körperschaft gegen den Organwalter.

[21] Zum Wohnungseigentumsrecht BGH, Beschl. v. 19.09.2002 – V ZB 37/02, BGHZ 152, 63, 67; *Abramenko*, ZWE 2013, 395, 397. Zum Aufsichtsrat *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 231. Allgemeiner *Bork,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 13 Rn. 437; *v. Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 516.

[22] Diesen bildet beispielhaft schon *v. Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 516.

[23] *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Eine Anfechtung nach § 123 BGB wegen Täuschung oder Drohung ist aufgrund von Abs. 2 schwieriger einzuschätzen. Hat danach ein Dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar, wenn dieser die Täuschung kannte oder kennen musste. Soweit ein anderer als derjenige, welchem gegenüber die Erklärung abzugeben war, aus der Erklärung unmittelbar ein Recht erworben hat, ist die Erklärung ihm gegenüber anfechtbar, wenn er die Täuschung kannte oder kennen musste.

Bartholomeyczik hat bei der Anfechtung nach § 123 BGB zu Recht die Frage aufgeworfen, ob Täuschungen, die von anderen Organen verübt wurden, von einem „Dritten" i. S. v. § 123 Abs. 2 Satz 1 BGB ausgingen,[24] sodass die Stimmabgaben nur dann anfechtbar wären, wenn der Erklärungsempfänger die Täuschung kannte oder kennen musste. Die Frage hat auch siebzig Jahre später nicht an Praxisrelevanz verloren. So ist vorstellbar, dass der Vorstand dem Aufsichtsrat (§ 90 AktG) und der Hauptversammlung zwar zu einer beabsichtigten Geschäftsführungsmaßnahme berichtet, hierbei aber relevante Informationen zurückhält. Diese Informationen wären für die Überwachung (§ 111 Abs. 1 AktG) und die Entscheidung über die Geschäftsführungsmaßnahme (§ 119 Abs. 2 AktG) wesentlich gewesen. Die Täuschung wird hier also durch Verschweigen ausgeübt, was eine von § 123 BGB erfasste Täuschungsart darstellt[25] und vorliegend zur Anfechtung führt, wenn der Vorstand einer Offenbarungspflicht unterlag.[26] Eine solche Offenbarungspflicht wird man für den Vorstand gegenüber dem Aufsichtsrat grundsätzlich annehmen müssen und jedenfalls im Falle des § 119 Abs. 2 AktG auch gegenüber der Hauptversammlung betreffend diese Geschäftsführungsmaßnahme.[27] Fassen nun Aufsichtsrat und Hauptversammlung jeweils einen positiven Beschluss, lässt zwar nicht schon der Aufsichtsratsbeschluss die etwaige spätere Haftung des Vorstands entfallen (§ 93 Abs. 4 Satz 2 AktG), der Beschluss der Hauptversammlung hat aber eine solche befreiende Wirkung (§ 93 Abs. 4 Satz 1 AktG). Kann nun ein Aufsichtsratsmitglied oder ein Aktionär seine Stimme im jeweiligen Kollektivorgan anfechten oder scheitert die Anfechtung an § 123 Abs. 2 Satz 1 BGB, da das täuschende Vorstandsmitglied ein Dritter im Sinne dieser Vorschrift war und der Versammlungsleiter – wie im Regelfall also in beiden Kollektivorganen der Aufsichtsratsvorsitzende – die Täuschung nicht kannte und auch nicht kennen musste? Die Frage reicht weit bis in die Organisationsverfassung eines Verbands hinein. Folgt man aber zum einen der herrschenden Meinung, dass „Dritter" im Sinne von § 123 Abs. 2 Satz 1 BGB derjenige *nicht* ist, dessen Verhalten dem Erklärungsempfänger wegen besonders enger Beziehungen zwischen beiden oder wegen sonstiger besonderer

[24] *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 321.

[25] Statt aller *Armbrüster*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 123 Rn. 32 ff.

[26] Allgemein zu Offenbarungspflichten *Armbrüster*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 123 Rn. 32 ff.

[27] Im Ergebnis ebenso *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 322.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Umstände billigerweise zugerechnet werden muss,[28] und folgt man den Stimmen, die die Beschlussfassungen im Kollektivorgan dem Verband zurechnen,[29] wird man sagen müssen, dass die von einem anderen Verbandsorgan verübte Täuschung – gleich ob durch aktives Tun oder Unterlassen – dem Verband zuzurechnen ist und damit *nicht* von einem Dritten verübt wurde. Im Verbandsrecht mit seiner Aufgaben- und Funktionsaufteilung kann im Regelfall nicht gesagt werden, dass ein verbandseigenes Organ an der Beschlussfassung in einem anderen Organ *überhaupt nicht* beteiligt gewesen ist.[30] In der hier skizzierten Konstellation kann also das Aufsichtsratsmitglied bzw. der Aktionär seine Stimmabgabe anfechten.

Teils wird die Auffassung vertreten, dass trotz Vorliegens eines Anfechtungsgrundes – etwa nach § 119 oder § 123 BGB – ein Willensmangel dann unbeachtlich sei, wenn der Beschluss immer noch die erforderliche Mehrheit erreicht hätte, mithin nicht auf der Stimmabgabe beruht.[31] Das verwechselt jedoch die Rechtsfolgen der Anfechtung für die Stimmabgabe mit denen für den Beschluss. Einem Organwalter, dem ein Anfechtungsrecht zusteht, welches er noch fristgemäß ausüben kann, kann dieses Gestaltungsrecht auch dann nicht verwehrt werden, wenn er den Beschluss als Rechtsgeschäft nicht zu Fall bringen kann. Der Organwalter kann ein schützenswertes Interesse an der Anfechtung seiner Stimmabgabe haben, etwa um einer eigenen Haftung für das Stimmverhalten vorzubeugen. Es deutet sich hier aber schon an, dass die bürgerlich-rechtliche Anfechtung einer Stimmabgabe, die für einen Mehrheitsbeschluss relevant ist, nur dann den Beschluss als Rechtsgeschäft berührt, wenn auch der verkündete Beschluss angegriffen wird.[32] Daher ist – nach der Betrachtung der Anfechtung einer Stimmenthaltung (§ 9 II.) – zu klären, ob die bürgerlich-rechtliche Anfechtung den Beschluss oder die Stimmabgabe beseitigt (§ 9 III.) und sodann zu fragen, wie bürgerlich-rechtliche und prozessuale Anfechtung zusammenhängen (§ 9 IV.).

Der Willensmangel bei der Stimmabgabe führt folglich nicht automatisch zur Unwirksamkeit der Stimme. Die Anfechtung ist vielmehr geltend zu machen. § 143 Abs. 1 BGB enthält insoweit ein Gestaltungsrecht.[33]

---

[28] BGH, Urt. v. 20.11.1995 – II ZR 209/94, NJW 1996, 1051; *Armbrüster*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 123 Rn. 73.

[29] Oben in § 5 I.

[30] *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 321.

[31] OLG Stuttgart, Beschl. v. 22.04.1985 – 8 W 68/85, NJW-RR 1986, 243, 244; *Abramenko*, ZWE 2013, 395, 398.

[32] Das sieht schon *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 330 zu Recht.

[33] *Mansel,* in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 143 Rn. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Anfechtung einer Stimmenthaltung?

Von Abramenko wurde die Idee vorgestellt, auch Stimmenthaltungen anfechten zu können. Eine Stimmenthaltung sei zwar nicht als NEIN-Stimme, sondern wie eine nicht abgegebene Stimme zu werten, würden erforderliche Mehrheiten aber nicht erreicht, würden Stimmenthaltungen faktisch wie Gegenstimmen wirken. In der Praxis sei daher ein Bedarf festzustellen, auch Stimmenthaltungen anfechten zu können.[34]

Tatsächlich aber lässt sich die Anfechtung einer bloßen Stimmenthaltung dogmatisch nicht stimmig begründen. Das Anfechtungsrecht ist Teil der Rechtsgeschäftslehre und systematisch dem Titel 2 über die Willenserklärungen zugeordnet. Der Irrtum, die Täuschung oder die Drohung setzen allesamt auf Ebene der Willenserklärung an. Dies setzt voraus, dass eine solche irrtumsbehaftete Willenserklärung vorliegt. Das bedingt wiederum, dass der objektive und subjektive Tatbestand der Willenserklärung erfüllt ist, insbesondere also eine Erklärung nach außen kundgetan wird. Das ist bei der Stimmenthaltung nicht der Fall. Hier schweigt der Organwalter und erklärt sich gerade nicht. Es fehlt bereits am objektiven Tatbestand der Willenserklärung, weshalb das Anfechtungsrecht weder vom Wortlaut noch der Systematik anwendbar ist. Nach Sinn und Zweck bedarf es auch keiner Anfechtung. Die Stimmenthaltung ist bloßes Schweigen und damit ein rechtliches Nullum, welches nicht mehr durch Anfechtung aus der Welt geschafft werden muss. Ob die Stimmenthaltung hingegen eine Pflichtverletzung darstellt, der Organwalter also mit JA bzw. NEIN hätte abstimmen müssen, ist eine davon getrennt zu betrachtende Frage und kann durchaus zu bejahen sein.[35]

III. Ist § 142 BGB direkt (Beschluss nichtig) oder analog (Stimmabgabe nichtig) anzuwenden?

Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es ausweislich § 142 Abs. 1 BGB im Grundsatz als von Anfang an nichtig anzusehen. Diese in § 142 Abs. 1 BGB vorgesehene Rechtsfolge könnte direkt oder analog auf angefochtene Stimmabgaben anwendbar sein. Zu überlegen ist nämlich, ob die an einem Willensmangel leidende *Stimmabgabe* oder aber der Beschluss als *Rechtsgeschäft* nichtig ist.[36] Die Frage ist deshalb schwerer als beim Vertrag zu beantworten, da nicht

[34] *Abramenko*, ZWE 2013, 395, 399.

[35] Dazu noch ab § 16 II.

[36] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 38 spricht sich ebenfalls für die Anfechtung der Stimmabgabe aus, weil der Organwalter nicht *auctor* des Beschlusses sei. Das sei vielmehr das Verbandsorgan als Ganzes. Ob dieses Argument wirklich trägt, ist jedoch fraglich, da dann auch bei § 142 Abs. 1 BGB argumentiert werden könnte, dass *auctor* des Rechtsgeschäfts nicht der einzelne Vertrags-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nur die Interessen des Anfechtenden und der übrigen Organwalter, sondern auch die der Gemeinschaft bzw. des Verbands und weiterer Organe und ggf. die Interessen Dritter, die mit der Gemeinschaft bzw. dem Verband in Rechtsbeziehungen stehen, abzuwägen sind.[37]

Für die direkte Anwendung von § 142 Abs. 1 BGB spricht, dass damit dem Wortlaut uneingeschränkt entsprochen wird. § 142 Abs. 1 BGB ist allerdings von dem Gedanken getragen, dass das dort genannte mehrseitige Rechtsgeschäft aus zwei übereinstimmenden Willenserklärungen besteht[38] und mit nur einer bestehen bleibenden Willenserklärung nicht überleben kann.[39] Es ist daher folgerichtig, das Rechtsgeschäft insgesamt als unwirksam anzusehen.

Der Beschluss als Rechtsgeschäft hingegen kann ohne Weiteres überleben, auch wenn eine Stimmabgabe als unwirksam angesehen wird.[40] Dies hängt davon ab, wie viel Gewicht diese Stimme hatte.[41] Ist das Kopfprinzip[42] anwendbar und erhielt ein Beschlussgegenstand 8 von 10 JA-Stimmen, wird der Beschluss auch dann von der Mehrheit der Stimmen getragen, wenn eine JA-Stimme angefochten wird. Spiegelbildlich ändert sich an der erreichten Mehrheit nichts, wenn eine der beiden NEIN-Stimmen als von Anfang an unwirksam angesehen wird.[43] Es wäre der Praxis kaum verständlich zu machen, wenn die Anwendung von § 142 Abs. 1 BGB dazu führen würde, dass die Anfechtung grundsätzlich den Beschluss als Rechtsgeschäft beseitigen würde, obwohl die mangelbehaftete Stimmabgabe im Einzelfall keine Auswirkung auf das Abstimmergebnis gehabt hätte. Insbesondere bei Aktiengesellschaften, bei denen in einer Hauptversammlung mehrere hunderttausend Stimmen abgegeben werden, wäre das Ergebnis desaströs, wenn nach der – mit erheb-

partner ist, sondern die Parteien insgesamt. Trotzdem vernichtet § 142 Abs. 1 BGB das Rechtsgeschäft insgesamt.

[37] Überzeugend schon *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 292.

[38] *v. Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 516.

[39] *Feuerborn,* in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil – EGBGB, 2016, § 142 BGB Rn. 2; insoweit wieder ähnlich mit *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 38.

[40] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 21: „Mängel(n) einzelner Willenserklärungen [..] schlagen nicht unmittelbar auf den Beschluss durch"; implizit auch *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 92.

[41] *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 2 b. In diese Richtung auch schon *v. Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 517; ähnlich *Abramenko*, ZWE 2013, 395, 398.

[42] So etwa der gesetzliche Regelfall bei der GbR (§ 722 BGB) und OHG (§ 119 Abs. 2 HGB), ferner bei der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (§ 25 Abs. 2 Satz 1 WEG) und beim Gläubigerausschuss (§ 72 InsO). Schon die Motive zum BGB (siehe *Mugdan*, Band I, S. 411) gingen beim Stimmrecht vom Kopfprinzip aus.

[43] Ein ähnliches Beispiel findet sich bei *Bork,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 13 Rn. 438.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

lichen Zeit- und Kostenaufwand durchgeführten[44] – Hauptversammlung ein einzelner Aktionär den Beschluss mit einer bürgerlich-rechtlichen Anfechtung insgesamt beseitigen könnte. Das gesellschaftsrechtliche Beschlussmängelrecht[45] wäre auf den Kopf gestellt und den sogenannten räuberischen Aktionären[46] Tür und Tor geöffnet. Bei der Anfechtung von Stimmabgaben ist § 142 Abs. 1 BGB daher so zu lesen, dass nach erklärter Anfechtung die Stimmabgabe, nicht aber der Beschluss, als von Anfang an nichtig anzusehen ist.[47] Ob und wie der durch die Verkündung konstituierte Beschluss als Rechtsgeschäft beseitigt werden kann, hängt mit der Frage zusammen, welche Rolle neben der bürgerlich-rechtlichen Anfechtung der prozessuale Angriff auf den Beschluss spielt (dazu in § 9 IV.). Klarzustellen bleibt hier aber zum einen, dass die Verkündung des Beschlusses nicht gegen die erfolgreiche Anfechtung der Stimmabgabe spricht,[48] zum anderen, dass die erfolgreiche Anfechtung der Stimmabgabe nicht dazu führt, dass die Stimme nun als Abgabe der Stimme im entgegengesetzten Sinne gilt.[49]

Die Anfechtungserklärung im Sinne von § 143 Abs. 1 BGB ist im Übrigen dem Versammlungsleiter gegenüber zu erklären.[50] Genauso wie die Stimmabgabe dem Versammlungsleiter zugehen muss, so gilt dies auch für deren Anfechtung. Ist die Versammlung bereits geschlossen, ist zu fragen, wer im Grundsatz bei diesem

[44] Zur Veranschaulichung dient etwa die SIEMENS Hauptversammlung von 2013, bei der knapp 1.500 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter für den Aufbau und die Durchführung im Olympiapark München eingesetzt wurden.

[45] Vgl. §§ 241 ff. AktG und exemplarisch *Bitter/Heim,* Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 119 ff. (für die AG) und § 4 Rn. 125 f. (für die GmbH) sowie § 5 Rn. 92 (für die Personengesellschaft).

[46] Überblick zu diesem Begriff bei *Bitter/Heim,* Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 36.

[47] Im Ergebnis ebenso BayObLG, Beschl. v. 17.11.2004 – 2Z BR 178/04, NJW-RR 2005, 664, 665; *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 322; *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 153; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 2 a und b; *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 38; *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 232 (ohne Begründung und ohne Bezugnahme auf eine Norm); ferner wie selbstverständlich so auch *Bork,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 13 Rn. 437; *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 91.

[48] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 155.

[49] So schon *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 319.

[50] *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 325 (allgemein für Körperschaften; der Versammlungsleiter vertrete insoweit den Verband); *Abramenko*, ZWE 2013, 395, 398 (für die Wohnungseigentümerversammlung); *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 232 (für den Aufsichtsrat); *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 91. Bei *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 320 findet sich ferner ein Bericht zu der früheren herrschenden Lehre, wonach die Anfechtung durch (einfachen Mehrheits-)Beschluss erfolge. Dort wird auch dargestellt, wie unterschiedlich im älteren Schrifttum die Anfechtungsfrist bestimmt wurde (S. 321).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verband zur Entgegennahme von Willenserklärungen ermächtigt ist. Diese Empfangsvertreter sind dann auch richtiger Anfechtungsgegner.[51]

IV. Bürgerlich-rechtliche und prozessuale Anfechtung: Die Wirkung der Bestandskraft

Das führt zu der abschließenden Frage, wie bürgerlich-rechtliche und prozessuale Anfechtung zusammenhängen, mithin welche Folgen die Bestandskraft des Beschlusses auf die materiell-rechtliche Rechtslage hat. Die Bestandskraft ist eine aus dem Prozessrecht stammende Figur, die Auswirkungen auf die materiell-rechtliche Rechtslage haben kann. So geht etwa das Kapitalgesellschaftsrecht von dem Gedanken aus, dass Beschlüsse nur innerhalb einer bestimmten Frist angefochten werden können und mit Ablauf der Frist somit Bestandskraft des Beschlusses eintritt.[52] Für die aktienrechtliche Anfechtungsklage sieht § 246 Abs. 1 AktG hierfür eine einmonatige Anfechtungsfrist vor. Mit Eintritt der Bestandskraft kann der rechtswidrige Beschluss nicht mehr mit Aussicht auf Erfolg angefochten werden.[53] Etwaige formelle und materielle Fehler werden also mit Fristablauf unbeachtlich.[54] Den gleichen Weg beschreitet das Wohnungseigentumsrecht, welches sich in § 46 Abs. 1 WEG eng an das aktienrechtliche Vorbild anlehnt[55] und ebenfalls eine einmonatige Anfechtungsfrist vorsieht. Tritt Bestandskraft ein, werden auch hier etwaige formelle und materielle Fehler, die im Grundsatz zur Anfechtbarkeit geführt haben, unanfechtbar.[56] Allerdings ist nicht einmal innerhalb des Gesellschaftsrechts die Figur der Bestandskraft bei allen Kollektivorganen anzutreffen, kennt doch das Beschlussmängelrecht im Personengesellschaftsrecht (noch) keine Anfechtungsklage und damit keine Anfechtungsfrist.[57] Die dort stattdessen nach h. M. statthafte allgemeine Feststellungsklage,[58] mit der geprüft wird, ob ein Beschluss wirksam oder

[51] Überzeugend schon *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 325.

[52] Exemplarisch für die AG *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 246 Rn. 20 f. und für die GmbH *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, Anh. § 47 Rn. 99.

[53] *Fleischer/Eschwey*, DB 2018, 810, 813. Sieht man einmal davon ab, dass ein Anfechtungsgrund auch einen Nichtigkeitsgrund darstellt und dann die nicht fristgebundene Nichtigkeitsklage zulässig wäre (§§ 249, 241 AktG).

[54] *Würthwein,* in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 244 Rn. 28 ff.

[55] *Elzer,* in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 46 Rn. 152. § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG entspricht § 45 Abs. 1 WEG-E in der Fassung des RegE eines WEMoG vom 23.03.2020.

[56] *Merle,* in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 124; *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 30. Vgl. ferner *Schmidt-Räntsch,* ZWE 2012, 445 ff.

[57] *Enzinger,* in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 97.

[58] BGH, Urt. v. 07.06.1999 – II ZR 278/98, NJW 1999, 3113; *Klimke*, in: BeckOK HGB, 25. Ed. 15.07.2019, § 119 Rn. 83; *Sackmann,* NZG 2016, 1041 ff. A. A. und für eine Anfechtungsklage analog §§ 243, 246 AktG auch bei Personengesellschaften *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 II; dem folgend *Enzinger,* in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 107.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

unwirksam ist, kennt keine Klagefrist (vgl. § 256 ZPO).[59] Ohne Fristablauf kann der Beschluss auch nicht bestandskräftig werden. Mit der bürgerlich-rechtlichen Anfechtung einer erheblichen Stimme wird damit auch der Beschluss als Rechtsgeschäft unwirksam.[60] Dies könnte mit der Feststellungsklage festgestellt werden.

Sollte allerdings der Mauracher Entwurf des MoPeG so durch das Gesetzgebungsverfahren gebracht werden, würde sich der Mechanismus des Kapitalgesellschafts- und Wohnungseigentumsrechts künftig auch bei Beschlüssen der Personengesellschaft finden. § 714c BGB-E sieht eine dreimonatige Klagefrist vor und bezweckt ebenfalls, Rechtssicherheit über die Wirksamkeit eines gefassten Beschlusses herzustellen.[61]

Auch das bürgerlich-rechtliche Anfechtungsrecht ist an Fristen gebunden. So muss die Anfechtung in den Fällen der §§ 119, 120 BGB ohne schuldhaftes Zögern erklärt werden, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Im Falle der Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung wird die Anfechtungsfrist nach § 124 Abs. 1 BGB, beginnend mit dem Zeitpunkt, in welchem der Anfechtungsberechtigte die Täuschung entdeckt bzw. die Zwangslage der Drohung aufhört, auf ein Jahr verlängert.

Beide Anfechtungsmöglichkeiten sind jedoch streng zu trennen.[62] Für die bürgerlich-rechtliche Anfechtung genügt die Ausübung des Gestaltungsrechts (§ 143 Abs. 1 BGB), während für die prozessuale Anfechtung ein rechtskräftiges Gestaltungsurteil zu erstreiten ist. Gleichwohl müssen, *um den Beschluss insgesamt* zu beseitigen, *beide* Anfechtungsfristen gewahrt sein. Die Anfechtungsklage muss fristgerecht erhoben werden, da andernfalls Bestandskraft des Beschlusses eintritt. Wird die Anfechtungsklage fristgerecht erhoben, kann sie dann mit Erfolg auf die materiell-rechtliche Anfechtung gestützt werden, wenn die bürgerlich-rechtliche Anfechtungsfrist ebenfalls gewahrt wurde. Andererseits kann eine bürgerlich-rechtliche Anfechtung, die fristgerecht erklärt wurde, nach Eintritt der Bestandskraft des Beschlusses nur noch die abgegebene Stimme zu Fall bringen,[63] nicht aber mehr den Beschluss.

---

[59] *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 119 Rn. 32; *Klimke*, in: BeckOK HGB, 27. Ed. 15.10.2019, § 119 Rn. 83.

[60] *Bartholomeyczik*, AcP 144 (1938), 287, 327; *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 154.

[61] MoPeG, Gesetzentwurf der Expertenkommission vom April 2020, S. 93. Einen ersten Überblick bietet u. a. *Bergmann*, DB 2020, 994 ff.

[62] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 37.

[63] So ausdrücklich für das Wohnungseigentumsrecht BayObLG, Beschl. v. 17.11.2004 – 2Z BR 178/04, NJW-RR 2005, 664 (3. Leitsatz).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wird der Beschluss im Wege des rechtskräftigen Gestaltungsurteils[64] aufgehoben, weil der Kläger seine Stimmabgabe nach § 142 Abs. 1 BGB rückwirkend unwirksam gemacht hat und war diese Stimme kausal für das Abstimmungsergebnis, hat der Kläger dem Geschädigten in den Fällen der §§ 118, 119 und 120 BGB den Vertrauensschaden zu ersetzen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Stimme vertraut hat. Diese Schadensersatzpflicht erfasst den Vertrauensschaden und ist maximal auf das Erfüllungsinteresse beschränkt.[65] § 122 BGB ist also entsprechend anzuwenden.[66]

Gerade bei der etwaigen Haftung für das Stimmverhalten kann allerdings der umgekehrte Fall, wenn bereits Bestandskraft eingetreten ist, weitreichendere Konsequenzen haben. Die Situation lässt sich an einem Beispiel wie folgt veranschaulichen: Eine Stimmabgabe leidet an einem Willensmangel. Der Beschluss wird jedoch bestandskräftig, da die prozessuale Anfechtungsfrist abgelaufen ist und erst danach der Willensmangel erkannt wird. Eine gleichwohl erhobene Anfechtungsklage wäre verfristet und daher abzuweisen. Das Gericht könnte den Beschluss nicht mehr aufheben. Die bürgerlich-rechtliche Anfechtung hingegen wäre noch möglich. Wird sie erklärt, wäre jedoch nur die Stimmabgabe von Anfang an nichtig.[67] Wäre in der Zwischenzeit durch das Stimmverhalten schon ein Schaden entstanden, würde die bürgerlich-rechtliche Anfechtung etwaige Schadensersatzansprüche anderer Organwalter oder der Gemeinschaft bzw. des Verbands nicht untergehen lassen. Weder mit der Anfechtungsklage noch der bürgerlich-rechtlichen Anfechtung könnte der Organwalter damit seine Stimmabgabe ungeschehen machen. Das mag auf den ersten Blick überraschend sein, zeigt jedoch nur, dass sich mit der Stimmabgabe ein *per se* immanentes Risiko realisieren kann, weder mit dem Prozessrecht noch dem bürgerlich-rechtlichen Anfechtungsrecht ungeschehen gemacht werden kann.[68]

[64] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 32.

[65] *Armbrüster*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 122 Rn. 19; *Dörner*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 122 Rn. 3.

[66] Ebenso *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 38.

[67] BayObLG, Beschl. v. 17.11.2004, 2Z BR 178/04, NJW-RR 2005, 664 (3. Leitsatz).

[68] Siehe zur Haftung der Organwalter für das Stimmverhalten noch § 16 II. und für den Fall, dass sich Schadensersatzansprüche gegen die Gemeinschaft bzw. den Verband richten und diese bzw. dieser Regress bei abstimmenden Organwaltern nehmen kann § 16 III. 2. c).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 10 Der Mythos von den schwebend unwirksamen Beschlüssen

Vorliegend wurde erarbeitet, dass die Beschlussprozedur mit der Verkündung des Beschlusses abgeschlossen und der Beschluss als Rechtsgeschäft damit entstanden ist. Im Grundfall ist das so entstandene Rechtsgeschäft wirksam.

Beschlüsse können jedoch auch fehlerhaft sein. Je nach Rechtsgebiet trennt das jeweilige Beschlussmängelrecht nicht nur nach wirksamen, unwirksamen und nichtigen Beschlüssen, sondern auch nach solchen, die anfechtbar sind.[1]

In der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre sind darüber hinaus Fälle bekannt, in denen das Rechtsgeschäft weder wirksam noch unwirksam, vielmehr das endgültige Schicksal des Rechtsgeschäfts gegenwärtig noch offen ist. Rechtsgeschäfte, wie die vom Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Verträge (§ 177 Abs. 1 BGB), können auch *schwebend unwirksam* sein. Damit liegt die Frage nahe, ob auch Beschlüsse – wie das bei Verträgen der Fall ist – schwebend unwirksam sein können.

I. Befund im Bürgerlichen Recht und im Gesellschaftsrecht

Im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum sind sich die Autoren offenbar überwiegend einig, dass Beschlüsse nicht nur wirksam, unwirksam und nichtig (bzw. teils auch anfechtbar), sondern auch *schwebend unwirksam* sein können.[2] Die häufig genannten und wohl anerkannten Fallgruppen sind Zustimmungsfälle, in denen einem Organwalter Sonderpflichten auferlegt werden sollen und hierfür noch seine Genehmigung erforderlich ist,[3] ferner Beschlüsse, bei denen noch auf die Genehmigung einer Behörde – etwa einer Kartellbehörde – oder in Vertretungsfällen auf die Genehmigung des Vertretenen gewartet wird, wenn der Vertreter eine Stimme ohne

[1] Vgl. den Überblick bei *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 II. für das Gesellschaftsrecht.

[2] *Rauch*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 445; *Raiser*, in: Ulmer, GmbHG, 2. Aufl. 2014, Anh. § 47 Rn. 23; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 47 Rn. 2; *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, Anh. § 47 Rn. 26; *Koppensteiner*, JB 2017, 273, 275; *Leinekugel*, in: BeckOK GmbHG, 39. Ed. 01.05.2019, Systematische Darstellungen: Beschlussanfechtung, Rn. 117; *Casper*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 47 Rn. 4.

[3] *Raiser*, in: Ulmer, GmbHG, 2. Aufl. 2014, Anh. § 47 Rn. 23; *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, Anh. § 47 Rn. 26; *Leinekugel*, in: BeckOK GmbHG, 39. Ed. 01.05.2019, Systematische Darstellungen: Beschlussanfechtung, Rn. 117.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

oder außerhalb seiner Vertretungsmacht abgegeben hat[4]. Weiter sollen auch Beschlüsse schwebend unwirksam sein, die in das Handelsregister eingetragen werden müssen, aber noch nicht eingetragen wurden.[5] Von einigen Autoren ist zudem die Aussage zu lesen, Beschlüsse seien vor Eintritt der Bestandskraft noch nicht, mit Eintritt derselben dann aber endgültig wirksam.[6] Dieser Befund gilt gleichermaßen für Beschlüsse einer Personen-[7] oder Kapitalgesellschaft[8]. Schließlich wird vereinzelt als Fallgruppe der Einsatz vollmachtloser Vertreter in aktienrechtlichen Hauptversammlungen genannt (zu dieser Figur ausführlich in § 11 II. 2. b)) und hier ebenfalls die Existenz von schwebend unwirksamen Beschlüssen bejaht.[9]

Im Wohnungseigentumsrecht bestehen gleichfalls wenig Bedenken, dass der in einer Wohnungseigentümerversammlung gefasste Beschluss schwebend unwirksam sein könne.[10] Kritische Stimmen haben sich zwar zu Wort gemeldet, sind aber sehr vereinzelt geblieben. Das OLG Frankfurt a. M. hatte 2011 geurteilt, dass dem WEG schwebend unwirksame Beschlüsse fremd seien.[11] Aus dem Schrifttum ist Bub zu nennen, der im Wohnungseigentumsrecht die Konstruktion eines schwebend unwirksamen Beschlusses abgelehnt hat.[12] T. Spielbauer mahnt zumindest an, schwebend unwirksame Beschlüsse auf die vom BGH bislang erkannten Fallgruppen zu beschränken.[13] Grundsätzliche Bedenken an der Rechtsfigur der schwebenden Unwirksamkeit hat in jüngerer Zeit ferner Schultzky geäußert, da die Kategorie dem WEG nicht bekannt sei.[14] Der BGH hatte die Rechtsfigur zunächst ausdrücklich anerkannt,[15] sie nun jüngst aber in Zweifel gezogen:[16] Die grundlegende Norm des § 23 Abs. 4 WEG, wonach Beschlüsse entweder nichtig (Satz 1) oder gültig sind, solange sie nicht durch rechtskräftiges Urteil für ungültig erklärt wurden (Satz 2), kenne die Figur der schwebenden Unwirksamkeit nicht. Ferner bestünden Bedenken

[4] *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 47 Rn. 2. Diese Fallgruppe erkennt im Wohnungseigentumsrecht auch *M. Müller*, ZWE 2017, 395, 397 an.

[5] *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, Anh. § 47 Rn. 26; *Leinekugel*, in: BeckOK GmbHG, 41. Ed. 01.11.2019, Anhang Beschlussanfechtung § 47, Rn. 120.

[6] *Hoffmann/Köster*, GmbHR 2003, 1327 f.

[7] *Enzinger*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 104.

[8] *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, 22. Aufl. 2019, § 37 Rn. 22; *Leinekugel*, in: BeckOK GmbHG, 41. Ed. 01.11.2019, Anhang Beschlussanfechtung § 47, Rn. 120 ff.; *Drescher*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 47 Rn. 63.

[9] *Hartmann*, DNotZ 2002, 253.

[10] *M. Müller*, ZWE 2017, 395, 397; *Hügel*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 23 WEG Rn. 22; *Merle*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 129 und 132.

[11] OLG Frankfurt, Beschl. v. 17.01.2011 – 20 W 500/08, ZWE 2011, 363.

[12] *Bub*, Der schwebend unwirksame Beschluss im Wohnungseigentumsrecht, in: FS Seuß, 2007, S. 53 ff.

[13] *T. Spielbauer*, in: Spielbauer/Then, WEG, 3. Aufl. 2017, § 23 Rn. 19.

[14] *Schultzky*, in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 13 Rn. 25 und § 23 Rn. 183.

[15] BGH, Beschl. v. 22.01.2004 – V ZB 51/03, NZM 2004, 227.

[16] BGH, Urt. v. 12.04.2019 – V ZR 112/18, Tz. 25.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit.[17] Diese Äußerungen des Senats wurden in der Instanzenrechtsprechung als „Aufgabe der Rechtsfigur der schwebenden Unwirksamkeit“[18] interpretiert.

Die Rechtslage schien folglich lange so eindeutig zu sein, dass in den genannten Quellen meist nicht einmal mehr begründet wurde, warum es dogmatisch schwebend unwirksame Beschlüsse geben können soll. Entscheidungen in der Rechtsprechung, die nicht auf der Linie der oben genannten herrschenden Meinung liegen, sind zwar vorhanden, aber wie die vom OLG Frankfurt a. M. von 2011 eine seltene Ausnahme.[19] An der Auffassung der herrschenden Meinung sind gleichwohl Zweifel angebracht. Die jüngst auch vom BGH geäußerte Skepsis gibt nun Rückenwind und Anlass zu einer vertieften Analyse.

II. Analyse

Ausgehend vom *Wortlaut* der jeweiligen Gesetze findet sich im Privatrecht nicht eine Vorschrift, wonach Beschlüsse als Rechtsgeschäft schwebend unwirksam sein können.[20] Die Vertreter der oben genannten herrschenden Meinung müssen daher einräumen, für ihre Ansicht keine Rechtsgrundlage nennen zu können. Freilich kann erwidert werden, dass der Rechtsgeschäftslehre insgesamt Vorschriften zum Beschluss fehlen, weshalb ein Wortlautargument nicht besonders stark sein kann. Dann müsste aber repliziert werden, dass derjenige, der einen *pathologischen* Fall behauptet, diesen nachweisen muss und nicht derjenige, der dessen Existenz bezweifelt. Da der schwebend unwirksame Beschluss eindeutig vom Normalfall abweicht, erscheint es gerechtfertigt, dass diejenigen, die ihn anerkennen wollen, auch in der Nachweispflicht stehen. Dieser Nachweis wurde bis heute nicht geführt.

Tatsächlich aber sprechen die Systematik der Rechtsgeschäftslehre (unter 1.) sowie Sinn und Zweck (2. und 3.) gegen schwebend unwirksame Beschlüsse. Da die dahinterstehenden Fallkonstellationen anders und überzeugender konstruiert werden können (5.), gibt es auch kein Bedürfnis, an der fragwürdigen herrschenden Meinung festzuhalten. Im Einzelnen:

1. Schwebende Unwirksamkeit ist eine eng auszulegende gesetzliche Ausnahme

Die Figur des schwebend unwirksamen Vertrages kennt das BGB vorrangig im Allgemeinen Teil und im Schuldrecht. So hängt die Wirksamkeit des Vertrags, den der Minderjährige ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters

[17] BGH, Urt. v. 12.04.2019 – V ZR 112/18, Tz. 25.

[18] AG Schöneberg, Urt. v. 15.08.2019 – 771 C 39/18, ZWE 2020, 100, 101.

[19] OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 17.01.2011 – 20 W 500/08, ZWE 2011, 363.

[20] Darauf stellt nun erstmals auch der BGH ab (Urt. v. 12.04.2019 – V ZR 112/18, Tz. 25).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

abgeschlossen hat, von der Genehmigung des Vertreters ab (§ 108 Abs. 1 BGB). Auch die Wirksamkeit eines von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen abgeschlossenen Vertrags hängt von der Genehmigung des Vertretenen ab (§ 177 Abs. 1 BGB) und ist damit schwebend unwirksam.[21] Vergleichbar mit dem oben genannten (vermeintlichen) Anwendungsbereich für schwebend unwirksame Beschlüsse ist schließlich der Fall des § 415 Abs. 1 BGB, sofern man der herrschenden Verfügungstheorie folgt. Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab.[22]

So selbstverständlich scheint dies jedoch nicht zu sein, hätte der Gesetzgeber doch andernfalls diese Sonderregelungen nicht schaffen müssen. Im Gesetz sind nicht viele dieser Sonderregelungen vorhanden, sodass es sich – verglichen mit den sonstigen Vorschriften der Rechtsgeschäftslehre – eher um *Ausnahmen* handelt.

Während es beim Vertrag aufgrund der Sonderregelungen wie § 108 Abs. 1 BGB und § 177 Abs. 1 BGB ausdrücklich Vorschriften gibt, die die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts insgesamt in der Schwebelage halten, gibt es derartige Vorschriften für den Beschluss gerade nicht. Ausweislich der Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch wurde keine Diskussion dokumentiert, ob es derartige Sonderregelungen ebenfalls für Beschlüsse geben soll. Dies spricht sehr dafür, ohne gesetzliche Regelung mit der Figur des schwebend unwirksamen Beschlusses *zurückhaltend* zu sein. Offenbar sah der Gesetzgeber eine Kodifizierung des Beschlusses nicht als erforderlich an und hatte damit erst recht keine Komplikationen wie Schwebelagen vor Augen.

Soweit der BGH für das Wohnungseigentumsrecht nun auf § 23 Abs. 4 WEG hinweist[23] und zum Ausdruck bringt, dass – wenn es die Rechtsfigur der schwebenden Unwirksamkeit bei Beschlüssen geben sollte – diese in einer Norm wie § 23 Abs. 4 WEG erwähnt worden wäre, liegt dies auf der hier vertretenen Linie. In der Tat wäre es naheliegend gewesen, neben der Wirksamkeit und Unwirksamkeit in § 23 Abs. 4 WEG auch die *schwebende Unwirksamkeit* zu erwähnen. Da § 23 Abs. 4 WEG eine solche Kategorie nicht kennt, spricht der Wortlaut eher gegen ihre Existenz.

[21] *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 27 Rn. 2.

[22] Bis zur Genehmigung ist die Schuldübernahme nach dieser Auffassung schwebend unwirksam, wird die Genehmigung verweigert, ist die Verfügung endgültig unwirksam (*Rohe*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 414 Rn. 12; ausführlich und mit zahlreichen Nachweisen zum Streit zwischen der Verfügungs- und der Angebotstheorie *Heinemeyer*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 415 Rn. 1 f.).

[23] BGH, Urt. v. 12.04.2019 – V ZR 112/18, Tz. 25.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Schwebend unwirksame Beschlüsse regelmäßig unerwünscht

Bei Verträgen ist es nachvollziehbar, Sonderregelungen wie § 108 Abs. 1 BGB oder § 177 Abs. 1 BGB zu schaffen, da Verträge typischerweise aus zwei Willenserklärungen bestehen und nicht wirksam sein können, wenn auch nur eine der beiden Willenserklärungen fehlerhaft ist und nicht von der zuständigen Person genehmigt wurde. Typischerweise ist dann aber auch nur eine weitere Person betroffen: der Vertragspartner. Das mag für diesen mitunter nachteilige Konsequenzen mit sich bringen, weshalb der Gesetzgeber zu Recht Haftungsvorschriften wie § 179 BGB geschaffen hat. Nichtsdestotrotz ist regelmäßig nur eine Person betroffen.

Bei Beschlüssen liegt die Sache anders. Zum einen erfordert die Beschlussprozedur, dass endgültige Klarheit über die zugrunde liegenden Einzelstimmen besteht, weshalb Stimmabgaben auch nicht unter Vorbehalt oder einer Bedingung abgegeben werden können.[24] Zum anderen setzen sich (Mehrheits-)Beschlüsse typischerweise aus vielen Willenserklärungen zusammen und können ohne Weiteres wirksam zustande kommen, wenn eine der abgegebenen Stimmen (möglicherweise) nicht wirksam ist. Es kann also vorkommen, dass die Willenserklärung des Minderjährigen oder des Vertreters ohne Vertretungsmacht für das Erreichen der Mehrheit nicht kausal war. Würde man aufgrund von Sonderfällen bei der Stimmabgabe schwebend unwirksame Beschlüsse zulassen, wäre typischerweise nicht nur eine Person betroffen, sondern eine Vielzahl weiterer Organwalter, etwa ein paar Dutzend Wohnungseigentümer oder viele hundert, gar tausend Mitgesellschafter einer Kommandit- oder Aktiengesellschaft. Dies zeigt, dass die Ansicht der herrschenden Meinung in der Praxis zu unerwünschten Ergebnissen führen kann und im Hinblick auf das Gebot der Rechtssicherheit die Rechtsfigur der schwebenden Unwirksamkeit bei Beschlüssen nicht anerkannt werden sollte.[25]

3. Schützenswerte Interessen

Fraglich bleibt, ob bestimmte Interessen so schützenswert sind, dass das Rechtsgeschäft – der Beschluss – nicht (sofort) wirksam sein darf. Zu denken ist etwa an den minderjährigen Wohnungseigentümer oder minderjährigen Aktionär, der in der Versammlung für oder gegen einen Beschlussgegenstand gestimmt hat. Hier sind insbesondere die Schutzvorschriften der §§ 107 ff. BGB von Bedeutung. Nach § 107 BGB bedarf der Minderjährige zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Schließt der Minderjährige einen Vertrag ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags nach § 108 Abs. 1 BGB von der Genehmigung des Vertreters ab. Ein einseitiges Rechtsgeschäft, das der

[24] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 150; *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 89.

[25] In diese Richtung nun auch BGH, Urt. v. 12.04.2019 – V ZR 112/18, Tz. 25.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Minderjährige ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vornimmt, ist nach § 111 Satz 1 BGB unwirksam. Damit der Schutzgedanke des § 107 BGB zum Tragen kommt, sei hier unterstellt, dass es sich nicht um neutrale[26] Willenserklärungen handelt, sondern beispielsweise um Kapitalmaßnahmen wie die Zustimmung zu einer Kapitalerhöhung, die regelmäßig eine Verwässerung[27] und damit einen rechtlichen Nachteil mit sich bringt,[28] wenn der Anteilsinhaber keine neuen Anteile zeichnet. Vertretbar scheint es auch, den „Verbrauch" des Stimmrechts grundsätzlich als Rechtsnachteil zu sehen, sodass stets die Einwilligung nach § 107 BGB benötigt wird.[29]

Zunächst bestehen keine Bedenken, § 107 BGB im Rahmen der Beschlussprozedur auch auf die Stimmabgabe des minderjährigen Organwalters anzuwenden. Regelungsgehalt ist allerdings auch nur, dass der gesetzliche Vertreter zuvor seine Zustimmung zur Abgabe einer Willenserklärung erteilen muss. Bevor der Organwalter im Kollektivorgan also abstimmen kann, hat dem der gesetzliche Vertreter zuzustimmen. Die Anwendung von § 107 BGB auf die Beschlussprozedur gelingt deshalb problemlos, da die Norm nach dem Wortlaut ausdrücklich auf die Willenserklärung und nicht auf das Rechtsgeschäft abstellt.[30] Die Sache wird jedoch ungleich komplizierter, wenn man § 108 BGB betrachtet, der nach seinem Wortlaut eindeutig auf *den Vertrag* abstellt.[31] § 108 BGB findet daher auf *den Beschluss* als Rechtsgeschäft keine direkte Anwendung. Zu überlegen wäre daher allenfalls eine analoge Anwendung.

Wollte man jedoch § 108 BGB analog auf den Beschluss anwenden, wäre neben der planwidrigen Regelungslücke die vergleichbare Interessenlage zu überprüfen.[32] Aus Sicht des Minderjährigen ließe sich wohl noch argumentieren, dass die Abgabe einer Willenserklärung zu einem Vertragsangebot hinreichend mit der Abgabe einer Willenserklärung zu einem Beschlussantrag vergleichbar ist. Aus Sicht aller anderen

---

[26] Neutrale Willenserklärungen sind zustimmungsfrei *Spickhoff*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 107 Rn. 47; *Ellenberger*, in: Palandt BGB, 78. Aufl. 2019, § 107 Rn. 7.

[27] Eine Verwässerung stellt einen Wertverlust bei den bestehenden Anteilen dar, der allein schon dadurch eintritt, dass neue Anteile geschaffen werden und damit die wertmäßige Beteiligung an der Gesellschaft sinkt. Deshalb geht der Gesetzgeber bei der Aktiengesellschaft davon aus, dass die Altaktionäre ein gesetzliches Bezugsrecht haben, um ihre Beteiligungshöhe auch nach der Kapitalerhöhung halten zu können (vgl. § 186 Abs. 1 AktG). Die Ausübung des Bezugsrechts würde nicht nur einen rechtlichen Vorteil bedeuten, da der Bezug zu einer Zahlungspflicht führt.

[28] Zur Verwässerung etwa *Schürnbrand*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2016, § 182 Rn. 3.

[29] So *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 295.

[30] *Wendtland,* in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 107 Rn. 2; *Spickhoff,* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 107 Rn. 7; *Dörner,* in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 107 Rn. 1 ff.

[31] So etwa *Wendtland,* in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 108 Rn. 1; *Spickhoff*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 108 Rn. 1; *Dörner,* in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 108 Rn. 1.

[32] Zu beiden Elementen einer Analogie etwa *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 55 f.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 9. Aufl. 2016, S. 532 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Beteiligten ist sie dies – wie oben unter 2. dargelegt – aber gerade nicht. Die Interessenlage ist also nicht vergleichbar.

Spätestens bei der Suche nach der richtigen Rechtsfolge zeigt sich jedoch erneut, dass das Minderjährigenrecht nicht auf den Beschluss als Rechtsgeschäft zugeschnitten ist. Aus den oben genannten Gründen ist zunächst abzulehnen, dass der Beschluss – weil ein Minderjähriger ohne die Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters mitgestimmt hat – insgesamt und damit nicht nur die bloße Stimmabgabe schwebend unwirksam ist. Insoweit sind auch die übrigen Organwalter und die Gemeinschaft bzw. der Verband zu schützen. Man stelle sich etwa vor, dass ein Minderjähriger den Kapitalerhöhungsbeschluss einer der Mitbestimmung unterliegenden börsennotierten Aktiengesellschaft in die Schwebelage bringen könnte und damit das Fortkommen eines ggf. sogar volkswirtschaftlich bedeutenden Unternehmens behindert. Insofern ist der Minderjährigenschutz, so schützenswert der Minderjährige auch ist, nicht grenzenlos. Wolf/Neuner untersuchen zwar nicht die hier diskutierte Frage, ob Beschlüsse generell schwebend unwirksam sein können, wenn sie aber die beschränkt Geschäftsfähigen beim (Vereins-)Beschluss erörtern und zu der Aussage kommen, dass „ein Schwebezustand, wie er im Falle des § 108 Abs. 1 [BGB] entsteht, unerträglich wäre“[33], dann deckt sich diese Wertung exakt mit der hier gesetzten argumentativen Stoßrichtung und scheint für alle Kollektivorgane verallgemeinerungsfähig.[34]

Der Schutz des Minderjährigen wäre womöglich hinreichend gewährleistet, wenn bei fehlender Genehmigung nicht der Beschluss, sondern nur die Stimmabgabe des Minderjährigen schwebend unwirksam wäre. Wird die Genehmigung sodann verweigert, wäre kurz zu erwägen, ob der Beschluss nur den Minderjährigen nicht bindet. Aus Sicht der anderen Organwalter wäre ein solches Ergebnis jedoch nicht überzeugend. Die Aktiengesellschaft kann beispielsweise die Kapitalerhöhung gegenüber dem Minderjährigen nicht anders behandeln als gegenüber den übrigen Aktionären. Genauso wenig ist denkbar, dass eine Hauptversammlung durch Beschluss ein neues Aufsichtsratsmitglied bestellt und dieser Beschluss gegenüber allen anderen Organwaltern wirksam ist, nur nicht gegenüber dem Minderjährigen. Der Beschluss, mit dem ein Gesellschafter in eine Personengesellschaft aufgenommen wird, kann ebenfalls nicht gegenüber allen Gesellschaftern wirksam sein und nur gegenüber dem Minderjährigen keine Wirkung entfalten.

---

[33] *Wolf/Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl. 2016, § 17 Rn. 44; ebenso *Neuner* in der 12. Aufl. 2020, § 17 Rn. 44.

[34] Einen gewissen Rückhalt erfährt die hier unterbreitete Argumentation durch folgende Aussage von *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 151: „Eine derartige ausschließliche Abhängigkeit des Verfahrens Beschlußfassung von einer Beteiligungseinheit [gemeint: von einem Organwalter] läßt sich aber mit der prinzipiellen Anlage des Beschlusses als einer Entscheidung des K o l l e k t i v s – d. h. der von den Beteiligungseinheiten mit grundsätzlich gleichgroßer Einflußmöglichkeit gestalteten Aktion – nicht vereinbaren und ist bereits im Ansatz auszuschließen“.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dies alles zeigt, dass selbst besondere Interessenlagen, wie beim Minderjährigenrecht, nicht dazu führen, dass Beschlüsse schwebend unwirksam sind. Die Schutzvorschrift des § 108 BGB ist auf den Beschluss also auch nicht analog anwendbar.[35] Es bleibt folglich dabei, dass es die Figur des schwebend unwirksamen Beschlusses nicht gibt. Schutzlos ist der Minderjährige dadurch allerdings nicht.

Zum einen bleiben besondere familienrechtliche Genehmigungsvorbehalte, etwa nach §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB *bei der Begründung* des Wohnungseigentums[36] – und damit noch *vor Beginn der Organwalterstellung* – und nach § 1822 Nr. 3 BGB – sofern die Beteiligung über eine bloße Kapitalbeteiligung hinausgeht[37] – allesamt unberührt. Daher ist zu sehen, dass der Minderjährige jedenfalls beim Erwerb der Rechtsposition geschützt ist, da für den Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung oder Gesellschaftsanteile an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft regelmäßig § 108 BGB direkt anwendbar sein wird. Dieser Kaufvertrag wird etwa wegen § 433 Abs. 2 BGB nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sein, sodass am Anfang des Erwerbsvorhabens ohnehin der vom Gesetzgeber vorgesehene Schutzmechanismus greift.

Zum anderen lässt sich der Minderjährige bei der Stimmabgabe durch eine entsprechende Anwendung von § 111 Satz 1 BGB schützen. § 111 Satz 1 BGB ist auf die Stimmabgabe zwar nicht direkt anwendbar, da die Stimmabgabe kein einseitiges Rechtsgeschäft ist.[38] Da der Gesetzgeber beim Minderjährigenrecht und insbesondere bei § 111 BGB nicht auch den Beschluss als Rechtsgeschäft und damit nicht die Stimmabgabe vor Augen hatte,[39] im Wissen um die vorliegenden Probleme jedoch voraussichtlich eine Regelung aufgenommen hätte, liegt eine planwidrige Regelungslücke vor. Hier wie dort ist die Interessenlage vergleichbar, da der Empfänger eines einseitigen Rechtsgeschäfts genauso zu schützen ist wie die übrigen Organwalter bei der Abgabe der Stimmen. Insoweit trägt auch hier die Überlegung in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch, als die „Behandlung der ohne Einwilligung des gesetzlichen Vertreters vorgenommenen nicht lediglich vorteilhaften einseitigen Rechtsgeschäfte als nichtig […] sich vornehmlich in der Rücksichtnahme auf die Lage derjenigen Personen [gründet], deren Rechtsverhältnisse durch diese Geschäfte

[35] Pauschale Verweise auf die §§ 104 ff. BGB bei der Stimmabgabe erweisen sich also als zu weit. So aber (ohne nähere Untersuchung) *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 1 Rn. 71. Wie hier *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 327 mit zwei knappen Sätzen: „Die Vorschriften der §§ 108, 109 BGB sind unanwendbar. Ihre Anwendung wäre mit der Eigenschaft eines Gestaltungsgeschäftes unvereinbar".

[36] *Armbrüster*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 2 Rn. 29.

[37] Mit einer Grenzziehung bei mehr als 50 % der veräußerten oder erworbenen Anteile *Verse*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 15 AktG Rn. 12.

[38] Grundlegend schon oben in § 3.

[39] Siehe hierzu *Mugdan,* Band I, Erster Titel „Geschäftsfähigkeit", S. 424 f. Auch alle dort betrachteten anderen Rechtsordnungen sprachen allein den Vertragsschluss an. Ferner wurde der Einsatz einseitiger Rechtsgeschäfte des Minderjährigen ausschließlich für den Darlehens-, Miet- und Pachtvertrag erörtert (S. 425).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

berührt würden, wenn dieselben gültig wären". Wer dem so folgt, wird die Stimmabgabe des Minderjährigen ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters als unwirksam einschätzen müssen, wenn die Stimmabgabe nicht lediglich vorteilhaft ist. Der Versammlungsleiter müsste eine solche Stimmabgabe als ungültig behandeln.

Wenn im Übrigen hier nun festgestellt wurde, dass das Schutzniveau für den Minderjährigen beim Vertragsschluss höher ist als beim Beschluss, ist doch beruhigend anzumerken, dass der Minderjährige im täglichen Leben deutlich häufiger vor einer Vertragssituation geschützt werden muss, als dass er vor einer Stimmabgabe als Eigentümer in einer Wohnungseigentümerversammlung, als Mitglied im Aufsichtsrat oder als Gläubiger in der Gläubigerversammlung geschützt werden müsste. Diese Fälle treten kaum auf, weshalb das hier gefundene dogmatische Ergebnis auch aus Sicht der Praxis verkraftbar scheint.

4. Zwischenergebnis: keine schwebend unwirksamen Beschlüsse

Da den Beschluss ein förmliches Verfahren charakterisiert,[40] das sich häufig durch eine längerfristige Ankündigung der Beschlussgegenstände, die Art der Willensbildung, das Gewicht der Willenserklärungen[41] und die Rolle des Versammlungsleiters[42] deutlich vom Vertrag unterscheidet, ist nach alldem mit der Verkündung des Beschlusses durch den Versammlungsleiter der Beschluss konstituiert. Schwebend unwirksame Beschlüsse gibt es daher nicht. Es handelt sich lediglich um einen Mythos.

Davon zu trennen ist die Frage, ob die *einzelne Stimmabgabe* schwebend unwirksam sein kann. Hierfür finden sich – insbesondere im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum – viele Befürworter.[43] Die Sache bedarf jedoch einer umfassenderen Untersuchung. Für das vorliegende Kapitel kann die Frage aber noch offenbleiben. Sie muss erst im Folgekapitel zur Stellvertretung und Botenschaft in der Beschlussprozedur aufgegriffen und geklärt werden.[44] Denn bei der Stellvertretung und Botenschaft steht mehr die Willenserklärung im Vordergrund und weniger das Rechtsgeschäft.

Für das vorliegende Kapitel steht nach alledem aber noch die Entwicklung einer Konstruktion aus, die sich – anders als der Mythos von den schwebend unwirksamen

---

[40] Grundlegend oben in § 4; exemplarisch *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, 22. Aufl. 2019, § 37 Rn. 23.

[41] Oben in § 4 VI. 6. f).

[42] Oben in § 4 VII.

[43] So etwa *Fischer/Schmidt*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 5. Aufl. 2014, § 4 Rn. 128; *Römermann*, in: Heidinger/Leible/Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 47 Rn. 131; *Wertenbruch*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 47 Anh. Rn. 167.

[44] Siehe dann ausführlich in § 11 II. 2. b).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Beschlüssen – besser in die bürgerlich-rechtliche Rechtsgeschäftslehre integrieren lässt.

5. Vorzugswürdige Konstruktion bei Beschlüssen durch § 158 Abs. 1 BGB

Um die oben genannten Anwendungsfälle überzeugender zu konstruieren, wonach ein Beschluss etwa von der Genehmigung einer Behörde, eines Organwalters, eines Dritten oder der Eintragung in ein Register abhängt, sollte vielmehr auf das Konstrukt der aufschiebenden Bedingung nach § 158 Abs. 1 BGB zurückgegriffen werden. Sollen Schwebezustände[45] hergestellt werden, sieht die Rechtsgeschäftslehre hierfür Bedingungen und Zeitbestimmungen vor.

Wird nach § 158 Abs. 1 BGB ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein. Bezogen auf den Beschluss als Rechtsgeschäft wird der Beschluss, der unter einer aufschiebenden Bedingung gefasst wurde,[46] mit der Verkündung zwar konstituiert, ob er als Rechtsgeschäft jedoch Wirkungen entfaltet – beispielsweise einem Gesellschafter eine Sonderpflicht auferlegt – hängt vom Eintritt der Bedingung ab. Die Bedingung wäre die Genehmigung der Behörde, des Registergerichts oder des Betroffenen.

Derartige Bedingungen wären nicht ungewöhnlich. Etwa Unternehmenskaufverträge werden häufig unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen, dass die zuständige Kartellbehörde die Fusion genehmigt.[47] Für das Beschlusswesen würde diese Konstruktion bedeuten, dass ab der Verkündung ein Beschluss *entstanden* ist,

---

[45] *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 52 Rn. 10, 21 und 27 spricht bei einem „aufschiebend bedingten Rechtsgeschäft" ausdrücklich von einem „Schwebezustand".

[46] § 158 BGB findet nach h. M. auch bei Beschlüssen Anwendung: Für das Vereins- und Gesellschaftsrecht BGH, Urt. v. 24.10.2005 – II ZR 55/04, NJW-RR 2006, 182; OLG Jena, Beschl. v. 09.01.2006 – 6 U 569/05, GmbHR 2006, 985, 986; *Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 6 Rn. 40; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 38 Rn. 40; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 47 Rn. 1; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 38 Rn. 85 (auflösende Bedingung); *Teichmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 47 Rn. 5; *Tebben*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 6 Rn. 42; *Reymann*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 158 BGB Rn. 18 und ausführlich in Rn. 128.3 etwa zur aufschiebend bedingten Bestellung eines Vereinsvorstands (in Rn. 133 dann aber kategorisch die aufschiebend bedingte Bestellung des WEG-Verwalters ablehnend). Für das Wohnungseigentumsrecht *T. Spielbauer*, in: Spielbauer/Then, WEG, 3. Aufl. 2017, § 23 Rn. 19; *Jennißen*, in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 26 Rn. 60 f.; *J.-H. Schmidt*, AnwZert MietR 16/2018, Anm. 2; *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 69. In allgemeiner Form („alle Rechtsgeschäfte") ferner *Wolf*, in: Soergel, BGB, 1999, vor § 158 Rn. 32; *Leipold,* BGB I, 10. Aufl. 2019, § 29 Rn. 12. Siehe zu Gegenstimmen aber noch in § 12 III. 3.

[47] *Wackerbarth*, in: Heidel/Hüßtege/Mansel/Noack, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2016, § 158 Rn. 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dessen *Rechtswirkung* aber noch in der Schwebe ist (*condicio pendet*).[48] Die Gleichzeitigkeit von Rechtsgeschäft und Rechtswirkung wird damit durchbrochen.[49] Der Vergleich des Wortlauts von § 158 Abs. 1 BGB auf der einen und etwa §§ 108, 177, 415 BGB auf der anderen Seite zeigt, dass im Falle der letztgenannten Vorschriften die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts insgesamt infrage steht. Anders gewendet besteht der Unterschied zwischen der herrschenden Meinung und der hier vorgestellten Lösung darin, dass die herrschende Meinung nur zu einem *schwebend unwirksamen*, die hier vorgestellte Lösung hingegen zu einem entstandenen und wirksamen Rechtsgeschäft führt, das vor Bedingungseintritt lediglich noch keine Rechtswirkungen entfaltet. Auf diesen Unterschied wird noch zurückzukommen sein, wenn im Folgekapitel untersucht wird, ob Stimmen durch vollmachtlose Stellvertreter abgegeben werden können.

Erinnert man sich der Möglichkeiten des § 158 BGB und folgt man der h. M., wonach die Norm auch auf Beschlüsse anwendbar ist,[50] lässt sich die hier vorgeschlagene Lösung durch Aussagen im Schrifttum stützen, die zumindest das dahinterstehende Verständnis teilen. So verstehen Wisskirchen/Kuhn die Bestellung des Geschäftsführers einer GmbH so, dass „der der Bestellung zu Grunde liegende Gesellschafterbeschluss zwar auch ohne Annahme durch den Geschäftsführer wirksam, die Bestellung selbst jedoch bis zur Annahme schwebend unwirksam ist“[51]. Dieses Verständnis zeigt deutlich, dass das Rechtsgeschäft als konstituiert angesehen wird, es lediglich noch nicht seine Rechtswirkung entfaltet.[52] Genau das lässt sich dogmatisch durch die aufschiebende Bedingung nach § 158 Abs. 1 BGB erreichen. Besonders deutlich werden die Friktionen der herrschenden Meinung von Römermann beschrieben, der einräumt, dass die Bezeichnung „schwebend unwirksamer Beschluss“ „zumindest missverständlich“ sei, „zumal die Beschlüsse selbst durchaus wirksam sind“[53]. Wenn Römermann annimmt, dass die Organwalter auch vor Eintritt der Bedingung schon verpflichtet sind, sich darum zu bemühen, dass die Bedingung

[48] Zur *condicio pendet* im römischen Recht *Zimmermann*, The Law of Obligations, S. 723; zum Einfluss von *Windscheid* und der 1. Kommission zum BGB hierauf vgl. *Finkenauer*, in: Historisch-kritischer Kommentar BGB, 2003, § 158 Rn. 1 und 7 und *Mugdan*, Band I, S. 490.

[49] *Finkenauer*, in: Historisch-kritischer Kommentar BGB, 2003, § 158 Rn. 1.

[50] Siehe dazu schon oben in § 6.

[51] *Wisskirchen/Kuhn*, BeckOK GmbHG, 41. Ed. 01.11.2019, § 6 Rn. 37. Anders hingegen *Drescher*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 241 AktG Rn. 18, der die Wirksamkeit des Beschlusses ausdrücklich erst mit Vorliegen der weiteren Tatbestandsvoraussetzung eintreten lassen will.

[52] Siehe aber noch zur eingeschränkten Beschlusskompetenz bei Beschlüssen, mit denen anderen Personen Pflichten auferlegt werden (etwa Bestellungsbeschlüsse) § 12 III. 3.

[53] *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, Anh. § 47 Rn. 27; ferner ähnlich bis zur Vorauflage *Roth*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 47 Rn. 92: „Schwebend unwirksam sind Beschlüsse, die, obwohl an sich gültig gefasst, noch einer Zustimmungserklärung bedürfen, um ihre Wirkung entfalten zu können“ (seit der 9. Aufl. führt *Altmeppen* den Kommentar fort, der diese Passage neu geschrieben hat). Siehe ferner *Häublein,* in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 20: „ein unter einer Bedingung vorgenommenes Geschäft [ist] nicht (schwebend) unwirksam“.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

eintritt,[54] dann ist das nicht nur als solches überzeugend, sondern zeigt, dass gerade kein schwebend unwirksamer Beschluss vorliegt, vielmehr Beschlüsse umzusetzen, wie Verträge zu halten sind (*pacta sunt servanda*).[55] Geht man davon aus, dass das Rechtsgeschäft mit der Verkündung des Beschlusses entstanden ist, bereitet es auch keine allzu große Mühe, für eine solche Umsetzungspflicht Argumente zu finden – die rechtsgeschäftliche Grundlage existiert schließlich schon.[56] Die Organwalter sind also im Innenverhältnis an den schon zustande gekommenen Beschluss gebunden.

Schlussendlich ermöglicht die hier vorgestellte Konstruktion eines zustande gekommenen Beschlusses unter aufschiebender Bedingung prozessual stimmige Ergebnisse. Will die herrschende Meinung den prozessualen Angriff auf schwebend unwirksame Beschlüsse ermöglichen – etwa mit der negativen Beschlussfeststellungsklage[57] –, dann bedarf es einer Erklärung, was Gegenstand der Klage sein soll. Ist nämlich das Rechtsgeschäft schwebend unwirksam, ist schwer zu erklären, warum etwas, das nicht wirksam ist, von einem Gericht noch für unwirksam erklärt werden soll. Genau das ist aber der gewünschte Tenor des gerichtlichen Feststellungs- oder Gestaltungsurteils.[58] Sieht man den Beschluss hingegen als wirksam konstituiert an, bedarf es keiner näheren Begründung, warum ein wirksam konstituierter Beschluss Gegenstand eines Feststellungs- oder Anfechtungsverfahrens sein kann.

Damit bleibt letztlich festzuhalten, dass es schwebend unwirksame Beschlüsse nicht gibt. In bestimmten Konstellationen wird das Rechtsgeschäft lediglich unter einer aufschiebenden Bedingung i. S. v. § 158 Abs. 1 BGB geschlossen, sodass der wirksam konstituierte Beschluss vor Eintritt der Bedingung keine Rechtswirkung entfaltet. Der Mythos von den schwebend unwirksamen Beschlüssen ist damit durch bedingte Beschlüsse entmythisiert.

---

[54] *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, Anh. § 47 Rn. 28. Ähnlich betont *Rauch*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 447, dass die Organwalter auch „während des Schwebezustands an den Beschluss gebunden" seien.

[55] Deshalb trifft die Analyse der römischrechtlichen *condicio pendet* bei *Zimmermann*, The Law of Obligations, S. 723 und 725 sehr treffend den Kern: „But what exactly was the legal position after conclusion of the (conditional) contract, but before the condition had either been satisfied or had failed? […] [A] conditional transaction did not constitute a legal ‚nothing'".

[56] Deshalb spricht *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 52 Rn. 30 zu Recht davon, dass die Personen des Rechtsgeschäfts „in der Zwischenzeit bereits an ihre Erklärungen gebunden sind" (ähnlich Rn. 44).

[57] *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, Anh. § 47 Rn. 31 f. (ausdrücklich „für das Stadium des Schwebezustands"); bis zur Vorauflage *Roth,* in: Altmeppen/Roth, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 47 Rn. 92; *Drescher*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 241 AktG Rn. 18.

[58] *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 46 Rn. 111; *Roth*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 46 Rn. 8; *Leinekugel*, in: BeckOK GmbHG, 41. Ed. 01.11.2019, Anhang Beschlussanfechtung § 47, Rn. 217; *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 125 („gestaltet daher die Rechtslage um"). Nicht genau *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 10 Rn. 144, die bei der Rechtsfolge davon spricht, dass der Beschluss „nicht gilt".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 11 Stellvertretung und Botenschaft bei der Beschlussprozedur

Häufig gibt es in der Praxis ein Bedürfnis dafür, dass sich ein Organwalter bei der Stimmabgabe vertreten lässt. Beweggrund kann eine Verhinderung – etwa aufgrund von Krankheit oder Gebrechen – sein. Sollte sich im Laufe der Untersuchung herausstellen, dass das Abstimmen in bestimmten Organen eine Pflicht des jeweiligen Organwalters darstellt und Organwalter für ihr Stimmverhalten persönlich haften können, würde dies das Bedürfnis nach einer möglichen Stellvertretung und Botenschaft bei der Stimmabgabe noch einmal steigern. Denn dann würde es womöglich regelmäßig der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt entsprechen – kann ein Organwalter seine Stimme nicht persönlich abgeben –, zumindest für die Bevollmächtigung oder Übermittlung durch einen anderen Organwalter oder Dritten zu sorgen. Anders gewendet wird der Vorwurf, die Mitwirkungspflicht in einem Kollektivorgan zumindest fahrlässig verletzt zu haben, kaum auszuräumen sein, wenn hinreichend Zeit zur Bevollmächtigung bestanden hatte.[1]

Stellvertretung und Botenschaft sind Möglichkeiten, Willenserklärungen abzugeben bzw. zu überbringen. Das Recht der rechtsgeschäftlichen Stellvertretung und Botenschaft ist dabei nicht nur in der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre normiert (§§ 164 ff. BGB), sondern auch für zahlreiche Organe an spezielle Situationen angepasst. So sehen beispielsweise die Gesellschaftsrechtsgesetze Möglichkeiten vor, dass – obwohl im Grundsatz Gesamtvertretung geregelt ist – ein Organwalter einen anderen Organwalter ermächtigen kann, ein Geschäft alleine vorzunehmen (§ 78 Abs. 4 Satz 1 AktG, § 125 Abs. 2 Satz 2 HGB).[2] Die Botenschaft hingegen ist im Vergleich zur Stellvertretung deutlich weniger umfangreich geregelt, was für den Allgemeinen Teil des BGB gleichermaßen wie für die besonderen Gesetze gilt. Häufig wird die Botenschaft – wie etwa bei § 120 BGB[3] – einfach vorausgesetzt. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass Stellvertretung und Botenschaft beim Beschluss kaum kodifiziert sind.

---

[1] Vgl. *Skauradszun,* NZM 2015, 273, 279 (für die Wohnungseigentümerversammlung).

[2] Sog. Einzelermächtigung, *Boesche*, in: Oetker, HGB, 5. Aufl. 2017, § 125 Rn. 27; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 78 Rn. 19.

[3] *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 120 Rn. 2; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 18 Rn. 10.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

I. Beschlussfähigkeit nur durch Organwalter?

Eine vertiefte Untersuchung von Stellvertretung und Botenschaft bei der Stimmabgabe wäre müßig, wenn Regelungen zur Beschlussfähigkeit der Versammlungen schon grundsätzlich die persönliche Stimmabgabe durch Organwalter verlangen würden. Besonders viele Vorschriften zur Beschlussfähigkeit in Kollektivorganen gibt es nicht. Beispielsweise hat der Gesetzgeber keine Regelung für die Beschlussfähigkeit der Gesellschafterversammlung in der GmbH vorgesehen und ebenso keine für die Hauptversammlung im Aktienrecht[4]. Auch bei den Personengesellschaften hat der Gesetzgeber auf Regelungen zur Beschlussfähigkeit bei der GbR, OHG und KG verzichtet.

Die Versammlung der Wohnungseigentümer ist nach § 25 Abs. 3 WEG hingegen nur beschlussfähig, wenn die erschienenen stimmberechtigten Wohnungseigentümer mehr als die Hälfte der Miteigentumsanteile, berechnet nach der im Grundbuch eingetragenen Größe dieser Anteile, vertreten.[5]

Der Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft ist, soweit nicht anders geregelt, nach § 108 Abs. 2 Satz 2 AktG nur beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte der Mitglieder, aus denen er nach Gesetz oder Satzung insgesamt zu bestehen hat, an der Beschlussfassung teilnimmt. Nach Satz 3 müssen in jedem Fall mindestens drei Mitglieder an der Beschlussfassung teilnehmen.

Der Betriebsrat ist nur beschlussfähig, wenn mindestens die Hälfte der Betriebsratsmitglieder an der Beschlussfassung teilnimmt (§ 33 Abs. 2 Halbsatz 1 BetrVG).

Der Beschluss des Gläubigerausschusses im Insolvenzverfahren ist nach § 72 InsO nur gültig, wenn die Mehrheit der Mitglieder an der Beschlussfassung teilgenommen hat (und der Beschluss mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst worden ist).

Bei den hier genannten drei Organen setzt der Gesetzgeber also voraus, dass genügend Organwalter erscheinen müssen, um ihre Stimme abgeben zu können. Heißt das aber tatsächlich, dass die Organwalter *persönlich* erscheinen und damit Stellvertretung und Botenschaft schon im Ansatz scheitern müssen? Ein solches Verständnis wäre kaum überzeugend. Stellvertretung und Botenschaft sind dann ausgeschlossen, wenn die Rechtsakte höchstpersönlicher Natur sind, wie dies etwa bei der Eheschließung der Fall ist (§ 1311 Satz 1 BGB). Hingegen ist selbst die

[4] Nicht einmal bei besonders weitreichenden Beschlüssen wie der Zustimmung der Hauptversammlung zu einem Unternehmensvertrag (insb. Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrag) ist der qualifizierte Mehrheitsbeschluss nach § 293 Abs. 1 AktG an ein Mindestquorum erschienener Aktionäre gebunden. Gleiches gilt etwa für die Beschlüsse im Umwandlungsrecht (vgl. etwa §§ 13, 50 UmwG).

[5] Die Regelung soll durch das WEMoG (RegE vom 23.03.2020) entfallen. Dazu *Skauradszun*, ZRP 2020, 34, 35, Fn. 17.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vornahme eines Rechtsgeschäfts mit notarieller Beurkundung mittels Stellvertretung möglich (§ 12 BeurkG).

Die entscheidende Rechtsfrage muss also lauten, ob Organwalter auch durch Stellvertreter und Boten an der Versammlung „teilnehmen" können, ob sie also hinreichend repräsentiert sind. „Vertreten" meint hier nicht Vertretungsrecht im Sinne der Rechtsgeschäftslehre, sondern ob die Organwalter im Kollektivorgan *repräsentiert* sind. Dies wird man beim Einsatz von Stellvertretern und Boten durchaus bejahen können. Besonders deutlich wird dies durch Regelungen wie § 33 Abs. 2 BetrVG, in denen der Gesetzgeber im ersten Halbsatz die Beschlussfähigkeit des Betriebsrats für Beschlussfassungen regelt, im zweiten Halbsatz sodann die Zulässigkeit der Stellvertretung durch Ersatzmitglieder nennt. Regelungen zur Beschlussfähigkeit stehen im Grundsatz also der Stellvertretung und Botenschaft nicht entgegen. Die Organwalter sind dann durch Stellvertreter oder Boten repräsentiert, was für die Beschlussfähigkeit genügt. Die Entscheidung des Organs ist durch eine hinreichende Anzahl von Organwaltern legitimiert. Nichts anderes soll mit der Beschlussfähigkeit bezweckt werden.

II. Stellvertretung

Entsprechend der praktischen Bedeutung soll zunächst untersucht werden, ob bei der Beschlussprozedur eine rechtsgeschäftliche Stellvertretung im Allgemeinen und sodann im Speziellen bei dem jeweils in Rede stehenden Kollektivorgan möglich ist.

1. Befund im Bürgerlichen Recht, Gesellschaftsrecht und Insolvenzrecht

In der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre wird eine Stellvertretung auch bei der Stimmabgabe zugelassen.[6] Dies wird im Ausgangspunkt mit einem Umkehrschluss begründet, wonach die Stimmabgabe *kein* höchstpersönlicher Akt sei und daher die Stimmabgabe durch einen Vertreter möglich sein müsse.[7] Zwar stehe das Stimmrecht im jeweiligen Organ nur dem Organwalter zu – also etwa in der Gesellschafterversammlung nur dem Gesellschafter, im Aufsichtsrat nur dem Aufsichtsratsmitglied und in der Gläubigerversammlung nur dem Gläubiger –, der jeweilige Organwalter könne aber einen anderen Organwalter bevollmächtigen, die Stimme für ihn abzugeben. Da die Stimmabgaben Willenserklärungen seien, könnten die §§ 164 ff. BGB auf die Beschlussprozedur zumindest im Ausgangspunkt ange-

[6] Schon früh so *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 299; sodann *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 132 (allerdings mit Einschränkungen für viele Sonderfälle).

[7] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 22; *Hartmann*, DNotZ 2002, 253, 257 (für die Stimmabgabe in der Hauptversammlung und mit Hinweis auf § 134 Abs. 3 Satz 1 AktG).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wendet werden.[8] Es scheint allenfalls eine Frage des Innenverhältnisses zu sein, ob etwa der Gesellschafter oder der Gläubiger dem Stellvertreter Vorgaben macht, wie die Stimme abzugeben ist.

Hinsichtlich der hier besonders im Fokus stehenden Kollektivorgane wird bei der Beschlussprozedur meist ebenfalls eine Stellvertretung zugelassen. So kann sich etwa der Wohnungseigentümer bei der Stimmabgabe in der Wohnungseigentümerversammlung durch einen oder mehrere[9] Bevollmächtigte vertreten lassen.[10] Im Vereinsrecht soll dies zumindest dann möglich sein, wenn die Satzung die Stellvertretung zulässt oder „jahrelang vom Verein hingenommen wurde"[11]. Im Gesellschaftsrecht wird die Möglichkeit einer Stellvertretung ebenfalls bejaht,[12] teils ist sie, wie für die Aktionäre einer Hauptversammlung, sogar ausdrücklich geregelt (§ 134 Abs. 3 Satz 1 AktG, in § 121 Abs. 6 AktG ferner vorausgesetzt), teils wird bei Personengesellschaften gefordert, dass der Gesellschaftsvertrag die Vertretung vorsehen oder die Mitgesellschafter der Vertretung zustimmen müssten[13]. Eher selten wird eine Stellvertretung als unzulässig angesehen.[14] Die Regelungen zur Beschlussfassung in der Gläubigerversammlung nach den §§ 76 ff. InsO regeln die Möglichkeit einer Stellvertretung in der Gläubigerversammlung zwar nicht, die Stellvertretung bei der Stimmabgabe wird jedoch auch hier einhellig zugelassen.[15]

---

[8] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 22; für Beschlüsse in der Wohnungseigentümerversammlung *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 24 WEG Rn. 60.

[9] BGH, Urt. v. 30.03.2012 – V ZR 178/11, NJW 2012, 2512 (bei gleichzeitiger Anwesenheit dann nur einheitliche Stimmabgabe); *M. Müller*, ZWE 2017, 395, 397.

[10] BGH, Beschl. v. 11.11.1986 – V ZB 1/86, NJW 1987, 650; *Drabek*, in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 54; *M. Müller*, ZWE 2017, 395; *Hermann,* in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 125; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 24 WEG Rn. 180; *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 61; ausführlich zu Stimmrechtsvollmachten *Lüke,* ZWE 2012, 193 ff.

[11] *Schwennicke,* in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 99. Zum ersten Fall (Satzung) OLG Hamm, Beschl. v. 08.02.1990 – 15 W 37/90, NJW-RR 1990, 532, 533.

[12] OVG Schleswig, Urt. v. 07.12.2017 – 3 LB 2/17; 3 LB 3/17 – Aldi-Nord (zur wirksamen Stellvertretung bei einem Vorstandsbeschluss); *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 344; *Lange*, NJW 2015, 3190, 3191; *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 1 Rn. 74; *Harbarth,* in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2018, § 53 Rn. 62 ff.; *Heidinger,* in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 13 UmwG Rn. 13; *Spindler*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 52 Rn. 510 (für den Aufsichtsrat bei der GmbH und dort auch zu Aufsichtsratsausschüssen, wobei taugliche Stellvertreter andere Aufsichtsratsmitglieder seien).

[13] *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, § 1 Rn. 74; *M. Müller*, ZWE 2017, 395.

[14] So von *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 164, 166 und 181 für die Beschlussfassung im Aufsichtsrat. Siehe aber auch die oben genannten Gegenstimmen.

[15] *Ehricke/Ahrens*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 76 Rn. 23; *Zimmer*, in: Bork/Hölzle, Handbuch Insolvenzrecht, 2014, S. 304 Rn. 527; *Hofmann*, in: Kübler, Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz, Eigenverwaltung und Insolvenzplan, 2. Aufl. 2015, § 16 Rn. 35; *Jungmann*, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 76 Rn. 7; *Herzig*, in: Braun, InsO, 7. Aufl. 2017, § 76 Rn. 9; *Weiß*, in: Nerlich/Römermann, InsO, 38. EL Januar 2019, § 76 Rn. 4; *Karg*,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Beim Gläubigerausschuss hingegen meinen manche Autoren, dass eine Stellvertretung nicht in Betracht komme, da das Amt höchstpersönlicher Natur sei.[16]

Zahlreiche Besonderheiten bestehen gleichwohl im Detail. Da Versammlungen in Kollektivorganen regelmäßig nicht öffentlich sind, stellt sich stets die Frage, ob und wer als Stellvertreter zugelassen werden kann, nämlich grundsätzlich jeder Dritte oder nur bestimmte Personen. Die hier denkbaren Varianten – gesetzliche Vertretungsfälle, Vertretung durch Parteien kraft Amtes, Vertreterklauseln für die persönlichen oder sachlichen Voraussetzungen einer Stellvertretung, Mehrfachvertretung und kumulative Teilnahme von Vertreter und Vertretenem – sind zahlreich und durch Einzelfallbetrachtungen geprägt.[17] Trotz aller Vielfalt wird die grundsätzliche Möglichkeit einer Stellvertretung bei der Stimmabgabe nicht in Frage gestellt, sie wird allenfalls faktisch eingeschränkt. Je nach Organ zeigen sich Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich großzügig. Eher weiten Teilnahmerechten in Haupt-,[18] Gesellschafter-[19] und Gläubigerversammlungen stehen engere Teilnahmerechte in Wohnungseigentümerversammlungen und im Gläubigerausschuss gegenüber. So sollen beispielsweise an der Gläubigerversammlung Vertreter und Berater, sogar mehrere und diese sogar kumulativ zum Gläubiger teilnehmen dürfen,[20] während an der Wohnungseigentümerversammlung der Wohnungseigentümer regelmäßig nicht zusammen mit seinem Vertreter teilnehmen darf[21]. Einigkeit besteht jedenfalls darin, dass auch bei Fehlen einer Regelung in der jeweiligen Geschäfts- oder Gemeinschaftsordnung, Satzung oder Gesellschaftsvertrag eine Stimmabgabe durch Stellvertreter zumindest aus dem allgemeinen Treu und Glauben-Grundsatz hergeleitet werden kann.[22]

---

in: BeckOK InsO, 12. Ed. 26.10.2018, § 76 Rn. 2; *Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 76 Rn. 24.

[16] *Weiß*, in: Nerlich/Römermann, InsO, 32. EL April 2017, § 69 Rn. 7 („Erst recht darf ein Vertreter nicht bei Beschlussfassungen mitwirken"); *Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 68 Rn. 16.

[17] Umfassende Darstellungen etwa zum Wohnungseigentumsrecht finden sich bei *Merle*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 24 Rn. 61 ff. und für die GmbH-Gesellschafterversammlung bei *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 48 Rn. 8 ff.

[18] Stellvertretung bei der Ausübung des Teilnahmerechts als unstreitig bezeichnend *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 118 Rn. 60.

[19] *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 47 Rn. 45.

[20] *Ehricke/Ahrens*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 74 Rn. 26 (zur Vertretung durch Anwälte); *Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, 14. Aufl. 2015, § 74 Rn. 6 (für die kumulative Teilnahme von Gläubiger und Beistand).

[21] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 24 WEG Rn. 180 und 187.

[22] So etwa bei Krankheit des Gesellschafters *Wicke*, in: Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 47 Rn. 9.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Stellungnahme und Analyse von Sonderfällen

Sieht man, wie hier, die einzelne Stimmabgabe als Willenserklärung an,[23] erweist sich die Anwendung von § 164 BGB auf die Beschlussprozedur als widerspruchsfrei möglich. An keiner Stelle muss die Beschlussprozedur angepasst werden, nur weil ein Stellvertreter an dieser teilnimmt. Es entsteht lediglich für den Versammlungsleiter ein Prüfungsaufwand, ob die Person, die als Stellvertreter auftreten möchte, dazu legitimiert ist.

Es bestehen keine Bedenken, dass eine Geschäfts- oder Gemeinschaftsordnung, eine Satzung bzw. ein Gesellschaftsvertrag den Kreis der möglichen Vertreter in dem jeweiligen Organ beschränkt und bestimmte Voraussetzungen verlangt. Eine pauschale Aussage zu rechtmäßigen Beschränkungen erscheint für alle Kollektivorgane jedoch nicht möglich zu sein. Jedenfalls darf das Teilnahmerecht nicht ausgehöhlt werden, gehört es doch zum Kernbereich der Organwalterbefugnisse.[24]

Soweit im Gläubigerausschuss grundsätzlich eine Stellvertretung ausgeschlossen wird,[25] erscheint dies allerdings zu pauschal und übersieht, dass zum Beispiel die Bundesagentur für Arbeit oder der Pensionssicherungsverein aG genauso wie juristische Personen[26] des Privatrechts in der Rolle des Groß- und Kleingläubigers (§ 67 Abs. 2 und 3 InsO) als Körperschaften grundsätzlich vertreten werden müssen und die Vertretung im Gläubigerausschuss nicht zwingend durch die Behördenleiter, Vorstände und Geschäftsführer durchgeführt werden muss, sondern auch eine rechtsgeschäftliche Stellvertretung nach § 164 BGB in Betracht kommt. Alles andere wäre auch umständlich und praxisfern.

Ausgehend von diesem Grundverständnis, wonach eine Stellvertretung bei der Stimmabgabe möglich ist, scheinen einige Sonderfälle besonders untersuchungswürdig zu sein, die Einfluss auf die Beschlussprozedur nehmen könnten. Der Beschluss ist als Rechtsgeschäft dadurch charakterisiert, dass er in einem förmlichen Verfahren entsteht („Legitimationsgrundlage“[27]) und der Versammlungsleiter typischerweise *in* der Versammlung eine Reihe von Entscheidungen treffen muss, damit am Ende der Versammlung ein oder mehrere Beschlüsse entstanden sind. Daher ist die Frage zu klären, ob Stellvertreter, die ihre Bevollmächtigung nicht zuvor bzw. in der Versammlung nachweisen können, schon von Anfang an die gesamte Beschlussprozedur in Gefahr bringen (dazu unter a)). Noch schwieriger scheint die

[23] Oben in § 3 I.

[24] Exemplarisch für das Wohnungseigentumsrecht *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 24 WEG Rn. 191 und für das GmbH-Recht *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 319.

[25] *Weiß*, in: Nerlich/Römermann, InsO, 38. EL Januar 2019, § 69 Rn. 7; *Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 68 Rn. 16.

[26] Dies räumt *Weiß*, in: Nerlich/Römermann, InsO, 38. EL Januar 2019, § 69 Rn. 8 ein und erlaubt für die juristischen Personen einen Vertreter (der allerdings nicht gewechselt werden dürfe).

[27] Vgl. oben in der Einleitung zu § 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Frage zu sein, ob Organwalter die Beschlussprozedur später damit gefährden können, dass sie in die Versammlung einen *vollmachtlosen* Vertreter entsenden und erst nach Ende der Beschlussprozedur entscheiden, ob sie den Rechtsakt genehmigen oder ablehnen (b)). Damit eng verbunden ist der Fall, dass an der Beschlussprozedur Stellvertreter teilnehmen, die zwar im Grundsatz über eine Vertretungsmacht verfügen, diese aber bei einem konkreten Beschluss überschreiten (c)). Schließlich wird zu untersuchen sein, ob gerade Versammlungsleiter als Stellvertreter der Organwalter in Betracht kommen (d)). Anhand dieser Sonderfälle wird sich zeigen, ob das bürgerlich-rechtliche Stellvertretungsrecht vollständig auf den Beschluss anwendbar ist oder den Besonderheiten des Beschlusses so Rechnung getragen werden muss, dass bestimmte Regelungen der §§ 164 ff. BGB nur angepasst angewandt werden können.

a) Zurückweisung von Stimmabgaben

Können Bevollmächtigte in der Versammlung keine Vollmachtsurkunde vorlegen, ist erstens fraglich, ob Stimmabgaben zurückgewiesen werden können, zweitens, ob dies dem Versammlungsleiter zusteht. Diese Fragen sind deshalb für den Versammlungsleiter prekär, da zum einen hierfür keine besondere Rechtsgrundlage ersichtlich ist, zum anderen die Entscheidung meist vor Ort unter Zeitdruck getroffen werden muss und etwaige Fehlentscheidungen kausal für das Abstimmergebnis und damit für das Zustandekommen des Beschlusses sein können.

Das Recht, Stimmabgaben zurückweisen zu können, steht auch ohne besondere Rechtsgrundlage deshalb dem Versammlungsleiter zu, da dieser *kraft seiner Funktion als Versammlungsleiter* für die Beschlussprozedur und damit auch für die Prüfung der Beschlussfähigkeit und die Feststellung des Abstimmungsergebnisses zuständig ist. Dies bedingt, dass er entscheiden kann und darf, wie mit einer Stimmabgabe eines Bevollmächtigten umgegangen wird, der seine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt. Zwar spricht nichts dagegen, dass der Versammlungsleiter die Entscheidung über die Zurückweisung durch Verfahrensbeschluss klären lässt. Eine Pflicht hierzu hat er jedoch nicht; in größeren Versammlungen mit vielen Stimmvertretern würde dies zudem kaum mehr praktikabel sein.

Nach § 174 Satz 1 BGB ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das ein Bevollmächtigter einem anderen gegenüber vornimmt, unwirksam, wenn der Bevollmächtigte eine Vollmachtsurkunde nicht vorlegt und der andere das Rechtsgeschäft aus diesem Grunde unverzüglich zurückweist. Die Vorschrift ist auf die Stimmabgabe beim Beschluss *nicht direkt* anwendbar, da die Stimmabgabe kein einseitiges Rechtsgeschäft ist, sondern lediglich eine Willenserklärung.[28] Eine andere Vorschrift, die dem

[28] Siehe hierzu schon in § 3. Ebenso für die Stimmabgabe in der Hauptversammlung *Hartmann*, DNotZ 2002, 253 und für die Stimmabgabe in der Wohnungseigentümerversammlung *M. Müller*, ZWE 2017, 395, 397. *Bartholomeyczik*, ZHR 105 (1938), 293, 332 und *Abramenko*, ZWE 2016, 399 ff. wenden § 174 BGB offenbar gleichwohl direkt auf die Stimmabgabe an.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Versammlungsleiter eine solche Reaktionsmöglichkeit geben und insbesondere die anderen Organwalter schützen würde, ist jedoch nicht ersichtlich.

Methodisch käme daher eine Analogie und damit eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Norm auf die Stimmabgabe als Willenserklärung in Betracht. Tatsächlich spricht viel dafür, von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen. Denn ausweislich der Materialien zum BGB hatte man sich bei den Vorschriften zum Stellvertretungsrecht nur mit dem Vertrag als Rechtsgeschäft befasst.[29] Ob die Vorschriften auch auf Beschlüsse und erst recht die einzelne Stimmabgabe als Willenserklärung anwendbar sind, stand aber zum damaligen Zeitpunkt noch nicht im Zentrum der Betrachtung. Wäre aber schon damals bekannt gewesen, dass auch der Beschluss in der Rechtsgeschäftslehre zu vielen offenen Fragen führt, hätte der Gesetzgeber wohl auch zur Stellvertretung in der Beschlussprozedur Regelungen aufgenommen und dann wahrscheinlich auch zu den heute in den §§ 164 ff. BGB genannten Sonderfällen. Nach alldem erscheint die vorhandene Regelungslücke planwidrig. Darüber hinaus scheint die Interessenlage hinreichend vergleichbar zu sein. Denn bei Stimmabgaben von Personen, die ihre Vertretungsmacht nicht nachweisen können, muss die Möglichkeit bestehen, diese zurückzuweisen, da sie eine Gefahr für das Organ und damit die Gemeinschaft bzw. den Verband darstellen. Womöglich wäre die infrage stehende Stimmabgabe sogar für das Entstehen oder Nichtentstehen eines Beschlusses ursächlich. Vergleicht man diese Interessenlage mit den Motiven zum Allgemeinen Teil des BGB, die davon sprechen, dass „der Beteiligte […] in eine ungünstige Lage geräth, als er keine Gewissheit darüber hat, ob das Rechtsgeschäft von einem wirklichen Bevollmächtigten ausgeht, und der Vertretene es gegen bzw. für sich gelten lassen muss“[30], wird man sagen können, dass diese ungünstige Lage bei der Vornahme eines einseitigen Rechtsgeschäfts genauso wie bei der Abgabe einer Stimme auftreten kann. Dies alles spricht dafür, die Vorschrift analog auf die Stimmabgabe bei der Beschlussprozedur anzuwenden.[31]

Um die Beschlussprozedur nicht zu gefährden, bedeutet dies, dass der Versammlungsleiter – gleich in welcher Art Kollektivorgan – Stimmabgaben analog § 174 Satz 1 BGB zurückweisen kann, wenn der abstimmende Stellvertreter seine Bevollmächtigung nicht nachweisen kann. Mittelbar wird die Stellvertretung bei der Stimmabgabe damit mit einer Formfrage verknüpft, da der Stellvertreter nach § 174 Satz 1 BGB analog *eine Urkunde* über seine Bevollmächtigung vorzulegen hat. Dies scheint hinnehmbar zu sein, um den formalisierten Ablauf einer Beschlussfassung auch beim Einsatz von Stellvertretern ermöglichen zu können. Sonderfälle wie die Ankündigung an den Versammlungsleiter, einen Stellvertreter zu entsenden, können

[29] Siehe hierzu *Mugdan,* Band I, S. 475 ff.

[30] *Mugdan,* Band I, S. 478.

[31] Ebenso im Wohnungseigentumsrecht LG Mainz, Beschl. v. 15.08.2011 – 306 T 129/08, ZWE 2011, 462; LG Frankfurt a. M., Urt. v. 05.08.2015 – 2/13 S 32/13, LSK 2015, 430189; *M. Müller*, ZWE 2017, 395, 399; *Merle,* in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 25 Rn. 76; vgl. ferner *Schubert,* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 174 Rn. 5. A. A. *Lüke*, ZWE 2012, 193, 198, 201.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zum einen mit § 174 Satz 2 BGB analog gelöst werden, wonach dann die Zurückweisung auch bei fehlender Vollmachtsurkunde ausgeschlossen ist, wenn der Versammlungsleiter von dem Organwalter über die Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt wurde.[32] Zum anderen ist die allgemeine Erkenntnis, dass Zurückweisungen treuwidrig sein können, etwa wenn ein Stellvertreter in der Vergangenheit auch ohne Vorlage der Vollmachtsurkunde anerkannt wurde,[33] auf die Situation der Stimmabgabe gegenüber dem Versammlungsleiter übertragbar.

b) Entsendung vollmachtloser Vertreter (offene Vertretung ohne Vertretungsmacht)?

Die Möglichkeit einer Stellvertretung hat für den einzelnen Organwalter nicht nur Vorteile. Er nimmt selbst an der Aussprache und damit an der Bildung des Willens nicht teil und kann daher nach der einmal erteilten Vertretungsmacht deutlich weniger gut und schnell auf Entwicklungen in der Versammlung reagieren, als wenn er selbst daran teilnehmen würde.

Daher liegt die Frage nahe, ob ein Organwalter einen Dritten offen als vollmachtlosen Vertreter in die Versammlung entsenden und im Nachhinein entsprechend § 177 BGB entscheiden kann, ob er dessen Stimmabgabe genehmigt oder nicht. Für den Organwalter würde sich das Risiko einer ihn bindenden, aber nicht gewünschten Stimmabgabe reduzieren. Diese Variante wird hier „offene" Vertretung ohne Vertretungsmacht genannt. Anders als in den später in c) behandelten Fällen, in denen im Ausgangspunkt eine Vertretungsmacht besteht und diese lediglich für die anderen Organwalter und den Versammlungsleiter verdeckt überschritten wird, wird in der hier erörterten Variante offen ein vollmachtloser Vertreter eingesetzt.

Tatsächlich hat sich der Einsatz vollmachtloser Vertreter in der Praxis etabliert, sodass selbst bei notariellen Beurkundungen viele Urkunden heutzutage von vollmachtlosen Vertretern unterzeichnet werden.[34] Auch in der Praxis der vereinsrechtlichen Mitgliederversammlungen, der GmbH-Gesellschafterversammlungen und aktienrechtlichen Hauptversammlungen ist der Einsatz von vollmachtlosen Vertretern bei der Stimmabgabe anzutreffen.[35] Gleichwohl wird sich zeigen, dass für

[32] Dieser Fall ist nicht mit der Bevollmächtigung gegenüber einem Dritten nach § 167 Abs. 1 Alt. 2 BGB zu verwechseln. Es versteht sich von selbst, dass der Dritte dann die Vornahme der Stimmabgabe nicht analog § 174 Satz 2 BGB zurückweisen dürfte, nur weil der Bevollmächtigte keine Vollmachtsurkunde vorlegt.

[33] *Schubert*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 174 Rn. 28; *Schäfer*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 174 Rn. 14.

[34] Umfassend hierzu *Abicht*, RNotZ 2010, 493, 494. Insbesondere Insolvenzverwalter setzen im Beurkundungstermin häufig vollmachtlose Vertreter ein, nicht selten sogar den anderen Vertragspartner, vgl. *Heckschen*, in: Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2018, § 7 Rn. 26. Auch im GmbH-Recht werden bei der Beurkundung der Satzung häufig vollmachtlose Vertreter eingesetzt, *C. Jaeger*, in: BeckOK GmbHG, 41. Ed. 01.11.2019, § 2 Rn. 10.

[35] *Hartmann*, DNotZ 2002, 253; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 47 Rn. 2; *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 88 und 102.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die Mitwirkung vollmachtloser Vertreter bei der Beschlussprozedur kein Raum ist.[36] Diese Vorgehensweise ist bei der Stimmabgabe aus folgenden Gründen grundsätzlich abzulehnen:

Zunächst bestehen schon Zweifel daran, ob ein vollmachtloser Vertreter – handelt es sich nicht ausgerechnet um einen Organwalter – überhaupt berechtigt ist, an der Versammlung teilzunehmen. Im Rechtssinne ist der vollmachtlose Vertreter ein *Dritter.* Der Ausdruck „vollmachtloser Vertreter" darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich gerade nicht um einen Stellvertreter handelt, sondern – ist der vollmachtlose Vertreter nicht zugleich Organwalter – um einen Dritten. Es liegt daher nahe, dass der Versammlungsleiter einem Dritten keinen Zugang zur Versammlung gewähren darf.[37] Man kann auch nicht argumentieren, dass selbst derjenige Organwalter, der einem Stimmverbot unterliegt – also nicht mitstimmen darf – trotzdem zur Versammlung zugelassen werden muss. Dies ist als solches zwar richtig,[38] da das Recht zur Aussprache erhalten bleibt, der Vergleich trägt aber gleichwohl nicht, da es immerhin noch der vom Stimmrecht ausgeschlossene Organwalter selbst ist, der an der Versammlung teilnimmt.

Ein weiterer Grund folgt aus § 180 Satz 1 BGB analog. § 180 Satz 1 BGB, wonach bei einem einseitigen Rechtsgeschäft Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig ist, ist auf die Stimmabgabe nicht direkt anwendbar, da die Stimmabgabe kein einseitiges Rechtsgeschäft ist.[39] Da der Gesetzgeber beim Stellvertretungsrecht nicht auch den Beschluss als Rechtsgeschäft und damit nicht die Stimmabgabe vor Augen hatte,[40] im Wissen um die vorliegenden Probleme jedoch voraussichtlich eine Regelung aufgenommen hätte, liegt eine planwidrige Regelungslücke vor.[41] Hier wie dort ist die Interessenlage vergleichbar, da der Empfänger eines einseitigen Rechtsgeschäfts genauso zu schützen ist wie die übrigen Organwalter bei der Abgabe der Stimmen. § 180 Satz 1 BGB will Unklarheiten über die Wirksamkeit der Er-

[36] Im Ergebnis so auch *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 22; ferner die ältere aktienrechtliche Literatur *Eckardt*, in: Geßler/Hefermehl/Eckart/Kropff, AktG, 1973, § 134 Rn. 30; *Barz*, in: Grosskommentar, AktG, 1973, § 134 Rn. 30; *Semler,* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 2. Aufl. 1999, § 38 Rn. 50.

[37] Zutreffend *Drescher*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 47 Rn. 117.

[38] Exemplarisch *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 23 Rn. 26; *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 48 Rn. 32.

[39] Grundlegend schon oben in § 3. Ebenso für die Stimmabgabe in der Hauptversammlung *Hartmann*, DNotZ 2002, 253 und für die Stimmabgabe in der Wohnungseigentümerversammlung *M. Müller*, ZWE 2017, 395, 397; *Skauradszun,* in: Soergel, BGB, 2018, § 24 WEG Rn. 60. Offenbar für eine direkte Anwendung aber *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 22 und *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 346.

[40] Siehe hierzu *Mugdan,* Band I, Achter Titel: Vertretung und Vollmacht, S. 475 ff.

[41] Soweit noch übereinstimmend mit *Hartmann*, DNotZ 2002, 253, 257.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

klärungen vermeiden.[42] Auch bei der Stimmabgabe ist daher eine offene Entsendung vollmachtloser Vertreter analog § 180 Satz 1 BGB unzulässig.[43]

Hinzu kommt, dass es sich nach Sinn und Zweck mit der Beschlussprozedur nicht vereinbaren lässt, eine Stimme eines vollmachtlosen Vertreters mitzuzählen, obwohl die Vertretungsmacht fehlt und in der Versammlung zu entscheiden ist, ob der Beschluss zustande kommen kann oder nicht. Ein Zuwarten bis zur Klärung durch den jeweiligen Organwalter wäre den mitunter vielen hundert Organwaltern nicht zumutbar. Diese nehmen schließlich an der Versammlung teil, um Klarheit über die abgegebenen wirksamen Stimmen und das Zustandekommen des Beschlusses zu erlangen. Würde man dies anders sehen, wäre die Beschlussprozedur und damit die Legitimationsgrundlage des Beschlusses ernsthaft in Gefahr.

Aus dem gleichen Grund kommt es nicht in Betracht, § 180 Satz 2 BGB analog für den vollmachtlosen Vertreter bei der Abstimmung im Kollektivorgan heranzuziehen.[44] Danach finden die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung, wenn derjenige, welchem gegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war, die von dem Vertreter behauptete Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht beanstandet hat oder er damit einverstanden gewesen ist, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt.

Die im Gesellschaftsrecht und Wohnungseigentumsrecht überwiegende Ansicht meint, § 180 Satz 2 BGB könne analog auf die Stimmabgabe in einer Versammlung eines Kollektivorgans angewandt werden.[45] Meist wird diese Annahme nicht näher begründet, vertieftere Darstellungen finden sich aber bei Hartmann (für das Aktienrecht) und Müller (für das Wohnungseigentumsrecht). Müller argumentiert, dass es die anwesenden Organwalter in der Hand hätten, die fehlende Vertretungsmacht zu beanstanden (§ 180 Satz 2 Alt. 1 BGB). Fehle eine solche Beanstandung, müsse davon ausgegangen werden, dass die Organwalter kein gesteigertes Interesse an der Vermeidung eines Schwebezustandes hätten.[46] Hartmann argumentiert für sehr kleine (aktienrechtliche) Versammlungen, dass die anwesenden Organwalter durchaus auch dem Einsatz vollmachtloser Vertreter zustimmen könnten (§ 180

[42] *Abicht*, RNotZ 2010, 493, 496.

[43] A. A. *Hartmann*, DNotZ 2002, 253, 257.

[44] So aber *Hartmann*, DNotZ 2002, 253, 257.

[45] Für die GmbH siehe etwa OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 24.02.2003 – 20 W 447/02, DNotZ 2003, 459, 460 f.; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 47 Rn. 2; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 47 Rn. 52 und 55. Für die AG *Hartmann*, DNotZ 2002, 253 ff.; *Schilken*, in: Staudinger, BGB, 2014, § 180 Rn. 11; *Schäfer*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 180 Rn. 5. Für das Personengesellschaftsrecht *Schilken*, in: Staudinger, BGB, 2014, § 180 Rn. 11; *Roth*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 119 Rn. 21; *Schubert*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 180 Rn. 7. Für das Wohnungseigentumsrecht *M. Müller*, ZWE 2017, 395, 397; *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 25 WEG Rn. 41; *Merle*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 25 Rn. 79.

[46] *M. Müller*, ZWE 2017, 395, 397.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Satz 2 Alt. 2 BGB) und sodann nicht mehr schutzbedürftig seien.[47] Die Organwalter würden dann über den ihnen angebotenen Verkehrsschutz disponieren, was gemeinhin im Zivilrecht möglich sei.[48]

Der soeben genannten Auffassung wird nicht gefolgt. Methodisch lässt sich eine Analogie zu § 180 Satz 2 BGB schon deshalb nicht konstruieren, da die Interessenlage nicht hinreichend vergleichbar (1.), ferner die Rechtsfolge des § 180 Satz 2 BGB nicht konstruierbar ist (2.) und im Übrigen auch nicht billig wäre (3.).

Erstens ist die Interessenlage hier *nicht* hinreichend vergleichbar, sodass eine Analogie methodisch nicht in Betracht kommt.[49] Denn der Versammlungsleiter kann allenfalls persönlich damit einverstanden sein, dass ein Vertreter ohne Vertretungsmacht handelt, was aber nicht genügt. Er hat hier *in seiner Funktion als Versammlungsleiter* zu entscheiden und stets den erfolgreichen *Abschluss der Beschlussprozedur* vor Augen zu behalten.[50] Es liegt daher nicht in seiner Kompetenz, die Teilnahme eines vollmachtlosen Vertreters zuzulassen. Denn dann würde er etwas zulassen, was die Beschlussprozedur gefährdet.

Er kann auch nicht das Einverständnis für alle Organwalter erklären, da er nicht deren Stellvertreter ist. Die mitunter vielen übrigen Organwalter werden auch selten damit einverstanden sein, dass eine schwebend unwirksame Stimme abgegeben wird, bei der nicht klar ist, ob sie nun gezählt werden kann oder nicht. Hartmann äußert sich lediglich zu sehr kleinen (aktienrechtlichen) Versammlungen. Es versteht sich auch von selbst, dass dieser Ansatz nur für Kleinstversammlungen diskutiert werden kann, da nur dort realistischer Weise individuelle Einverständniserklärungen i. S. v. § 180 Satz 2 BGB eingeholt werden können. Hartmann untersucht daher auch keine Ansätze für größere Versammlungen, gar rechtsgebietsübergreifend für alle Kollektivorgane. Gerade bei größeren Versammlungen zeigt sich aber, dass die Annahme von Müller, die übrigen Organwalter würden – wenn sie die fehlende Vertretungsmacht nicht beanstanden – ihr Desinteresse an einem Schwebezustand zum Ausdruck bringen, fernab der Realität liegen dürfte. Bei größeren Versammlungen haben die Organwalter häufig keine Einsicht und keinen Überblick, welche Details die Organwalter mit dem Versammlungsleiter zu Stimmvollmachten besprochen haben und daher oft schon faktisch keine Möglichkeit, Beanstandungen vorzubringen. Aus solch einer fehlenden Bemängelung etwas zu schließen, ist fernliegend. Bei der direkten Anwendung des § 180 Satz 2 Alt. 1 BGB stellt sich dieses Problem schon deshalb nicht, da es meist nur einen Empfänger gibt. Nicht umsonst formuliert der

[47] *Hartmann*, DNotZ 2002, 253, 259.

[48] *Hartmann*, DNotZ 2002, 253, 259.

[49] Im Ergebnis ebenso, aber mit anderer Begründung *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 22.

[50] Siehe daher zur Funktion als Versammlungsleiter und den hieraus entspringenden Kompetenzen ausführlich oben in § 4 VII. und zur primären Aufgabe, die Beschlussprozedur abzuschließen, in § 4 VII. 2. b) cc).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Gesetzgeber bei § 180 Satz 2 Alt. 1 BGB im Singular („derjenige, welchem gegenüber ein solches Rechtsgeschäft vorzunehmen war“).

Zweitens ist auch die Rechtsfolge des § 180 Satz 2 BGB nicht entsprechend auf die Stimmabgabe anwendbar. Im Falle des § 180 Satz 2 BGB finden die Vorschriften über Verträge entsprechende Anwendung. Hat ein vollmachtloser Vertreter eine Willenserklärung abgegeben, hängt ausweislich § 177 Abs. 1 BGB die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung ab. Der Vertrag ist also schwebend unwirksam. Diese Rechtsfolge lässt sich nicht auf Beschlüsse übertragen. Beschlüsse können nicht schwebend unwirksam sein, wie die Untersuchung bereits gezeigt hat.[51] Wenn aber Beschlüsse grundsätzlich nicht schwebend unwirksam sein können, ist § 177 Abs. 1 BGB auch nicht direkt oder analog anwendbar,[52] wonach der Vertretene das schwebend unwirksame Rechtsgeschäft genehmigen kann.[53] Denn wenn der (positive oder negative) Beschluss durch die Verkündung durch den Versammlungsleiter und nicht durch die Genehmigung im Sinne von § 177 Abs. 1 BGB entsteht, ist für § 177 Abs. 1 BGB grundsätzlich kein Raum.

Hier zeigt sich, dass die von Hartmann vorgeschlagene analoge Anwendung von § 180 Satz 2 BGB nicht begründet werden kann. Er will dann nämlich nicht den Organwaltern die Kompetenz geben, den abwesenden Organwalter aufzufordern, die Genehmigung nach § 177 Abs. 2 Satz 1 BGB zu erteilen oder diese zu verweigern, sondern aus Praktikabilitätsgründen der Gesellschaft.[54] Wollte man entgegen der hier dargestellten Untersuchung schwebend unwirksame Beschlüsse zulassen, dann würde das Aufforderungsrecht aus § 177 Abs. 2 Satz 1 BGB zumindest den übrigen Organwaltern und nicht dem Organ oder der Gesellschaft zustehen. Diese haben ein Interesse an der Klärung, ob der schwebend unwirksame Beschluss Bindungswirkung entfalten wird oder nicht und damit das Rechtsgeschäft für das Organ zustande kommt oder nicht. Wollten die Organwalter dieses Recht, und wenn auch nur aus Praktikabilitätsgründen, der Gesellschaft übertragen, müssten sie hierfür zunächst eine Vollmacht einräumen. Es entstünde ein Zirkelschluss, da diese Vollmachterteilung für die Ausübung des Rechts aus § 177 Abs. 2 Satz 2 BGB bei größeren Kollektivorganen abermals nicht praktikabel wäre.

Gleichwohl wird vertreten, dass der Versammlungsleiter – erkennt er den Mangel einer Vertretungsmacht – die Beschlussprozedur aussetzen muss. So müsse der Versammlungsleiter nach der Auffassung von Müller die Verkündung des Be-

[51] Siehe § 10 II.

[52] Siehe jedoch zur Auffassung, wonach die §§ 180 Satz 2, 177 BGB auf den vollmachtlosen Vertreter anwendbar seien und die Stimmabgabe schwebend unwirksam sei, *Hartmann*, DNotZ 2002, 253, 257 und *Drescher*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 47 Rn. 117.

[53] Ebenfalls eine Heilung bei vollmachtlosen Vertretern in der aktienrechtlichen Hauptversammlung ablehnend *Eckardt*, in: Geßler/Hefermehl/Eckart/Kropff, AktG, 1973, § 134 Rn. 44; *Barz*, in: Grosskommentar AktG, 1973, § 134 Rn. 30; *Zöllner*, in: Kölner Kommentar, AktG, § 134 Rn. 90.

[54] *Hartmann*, DNotZ 2002, 253, 257, 259.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schlusses aussetzen und zunächst den Vertretenen zur Genehmigung nach § 177 Abs. 2 Satz 1 BGB auffordern.[55] Erst wenn diese Genehmigung vorliege oder verweigert sei, könne der Versammlungsleiter das finale Beschlussergebnis verkünden.[56] Der Vorschlag von Müller zeigt deutlich, wie untauglich die Ergebnisse für die Praxis wären, wenn die einzelne Stimmabgabe eines vollmachtlosen Vertreters schwebend unwirksam sein würde und deshalb die Beschlussprozedur ausgesetzt werden müsste. Den Vorschlag von Müller zu Ende gedacht, würde dies bedeuten, dass in einer Wohnungseigentümerversammlung mit mehreren Dutzend oder gar hundert Eigentümern und nur einem nicht ordnungsgemäß vertretenen Mitglied eine große, aufwendig vorbereitete und kostspielige Versammlung abzubrechen und zu einem späteren Zeitpunkt neu einzuberufen wäre, nur um die Beschlussprozedur zu bewältigen. Müller lässt dabei offen, wer diese Kosten zu tragen hat. Es dürfte sich jedoch von selbst verstehen, dass die anderen Eigentümer nicht bereit wären, die erheblichen Kosten zu übernehmen. Der Ansatz von Müller ist auch für andere Kollektivorgane mit vielen Organwaltern ungeeignet, etwa für die Hauptversammlung einer großen Aktiengesellschaft. Es wäre geradezu grotesk, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende als Versammlungsleiter der Hauptversammlung einer großen Aktiengesellschaft die Hauptversammlung abbrechen und der Vorstand mit einem enormen Vorlauf eine neue Hauptversammlung einberufen müsste.

Drittens wäre die Anwendung von § 180 Satz 2 BGB und damit des § 177 BGB auf die Beschlussfassung unbillig. Soweit ersichtlich ist aus der Rechtsprechung nur eine Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichts bekannt geworden, welches diese Unbilligkeit in deutlicher Weise herausgearbeitet hat.[57] So sprach sich das BayObLG überzeugend *dagegen* aus, eine Stimmabgabe, die von einem vollmachtlosen Vertreter abgegeben wurde, später genehmigen zu können. Diese Stimme könne nachträglich also nicht wirksam werden. Andernfalls würde den untätigen Organwaltern, die nicht selbst zur Versammlung erschienen waren oder keine schriftliche Vollmacht erteilt hatten, die Möglichkeit verschafft werden, *im Nachhinein* auf das Abstimmungsergebnis *Einfluss zu nehmen.* Eine solche nachträgliche Einflussnahme sei mit dem Wesen einer Abstimmung unvereinbar, an der nur anwesende oder ordnungsgemäß vertretene Organwalter die Möglichkeit haben, Beschlüsse zu fassen. Organwalter, die untätig bleiben, würden auf die Einflussnahmemöglichkeit verzichten.[58]

Nach alldem kommt die Mitwirkung vollmachtloser Vertreter bei der Beschlussprozedur nicht in Betracht. Vollmachtlose Vertreter sind Dritte, die nicht stimmberechtigt und – handelt es sich nicht um Organwalter – nicht einmal teilnahmeberechtigt sind. Deren Stimmabgabe ist *nicht nur schwebend*, sondern *von Anfang an unwirksam.* Eine Genehmigung würde sich mit der Beschlussprozedur

[55] *M. Müller*, ZWE 2017, 395, 397.

[56] *M. Müller*, ZWE 2017, 395, 397.

[57] BayObLG, Beschl. v. 23.12.2002 – 2Z BR 93/02, ZWE 2003, 193, 195.

[58] BayObLG, Beschl. v. 23.12.2002 – 2Z BR 93/02, ZWE 2003, 193, 195.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nicht vereinbaren lassen und wäre damit dogmatisch nicht überzeugend. Sie wäre praktisch in größeren Versammlungen kaum denkbar und würde im Ergebnis zu unbilligen Einflussmöglichkeiten führen, auf die die betroffenen Organwalter gerade verzichtet hatten.

Vergleicht man die Verkündung des Beschlusses durch den Versammlungsleiter mit der Beurkundung eines Vertrages durch den Notar,[59] scheint ein Spannungsverhältnis zwischen diesen beiden Kapiteln vorzuliegen. So scheint auf der einen Seite die Überlegung, dass Verkündung und Beurkundung in vielen Bereichen vergleichbare Endakte des Rechtsgeschäfts sind, nicht recht mit der Frage einherzugehen, ob der Einsatz vollmachtloser Vertreter möglich ist. Denn das Bild des Endaktes soll zum Ausdruck bringen, dass das Rechtsgeschäft mit der Verkündung bzw. Beurkundung zustande kommt, der Tatbestand also erfüllt ist. Damit passt der Einsatz vollmachtloser Vertreter grundsätzlich nicht zusammen, da deren Einsatz zu schwebend unwirksamen Rechtsgeschäften führt. Nun sind aber Rechtsprechung und Schrifttum ausgerechnet beim Einsatz vollmachtloser Vertreter während der Beurkundung auffallend unkritisch. So wird in Rechtsprechung und Schrifttum entweder der Einsatz vollmachtloser Vertreter ausdrücklich auch bei der notariellen Beurkundung für möglich gehalten oder aber im Zuge der Diskussion von Detailfragen konkludent akzeptiert.[60]

Damit ist der Einwand provoziert, dass vollmachtlose Vertreter auch in der Beschlussprozedur eingesetzt werden können, finden sie doch sogar bei der notariellen Beurkundung Verwendung. Bevor zu diesem Vergleich Stellung genommen wird, sei die Frage erlaubt, ob es überhaupt richtig ist, bei der Beurkundung vollmachtlose Vertreter einzusetzen. Es mag sein, dass hierfür ein praktisches Bedürfnis besteht. Werden hier aber nicht der Charakter einer Beurkundung und der Wert einer notariellen Belehrung *ad absurdum* geführt? Freilich, kritische Stimmen sind hier rar. Aber es gibt sie. Zumindest vereinzelt wird darauf hingewiesen, dass der *systematische* Einsatz vollmachtloser Vertreter für nichtanwesende Beteiligte kritisch zu sehen sei und jedenfalls der Einsatz von Personen, die kein Vertrauensverhältnis zur zu vertretenen Vertragspartei aufweisen, wie Notarfachangestellte, einen *Missbrauch* der notariellen Beurkundung darstelle.[61] Der Einsatz vollmachtloser Vertreter bei der notariellen Beurkundung ist nicht nur ein „atypische[r] Weg der Beurkun-

[59] § 4 VI. 4.

[60] *Hartmann*, DNotZ 2002, 253; *Sandkühler,* in: Arndt/Lerch, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 14 Rn. 184; *Lerch,* BeurkG, 5. Aufl. 2016, § 12 Rn. 24; *Neie,* in: Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 29 Rn. 11 ff.; *Lange*, NJW 2017, 137, 138; *Otto,* in: BeckOK GBO, 30. Ed. 01.10.2017, § 29 Rn. 97; *Winkler,* BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 12 Rn. 19b. Konkludent den Einsatz vollmachtloser Vertreter bei der Beurkundung akzeptierte etwa BayObLG, Beschl. v. 30.04.1993 – 3Z 49/93, NJW-RR 1993, 1429, 1430 (unter b)).

[61] BayObLG, Beschl. v. 30.04.1993 – 3Z 49/93, NJW-RR 1993, 1429, 1430 (unter b); OLG Hamm, Urt. v. 22.01.1999 – 29 U 42/98, DNotZ 2000, 307, 309. Dem Fall, der dann zum Merkblatt der Bundesnotarkammer und der Richtlinienempfehlung der BNotK, Ord.-Nr. 130 II, abgedruckt bei *Weingärtner*, Notarrecht, 9. Aufl. 2009, Nr. 296, führte, lag zugrunde, dass ein Notar stets einen Angestellten als vollmachtlosen Vertreter eingesetzt hatte.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dung“[62], sondern eine fragwürdige *Fehlentwicklung* in der notariellen Berufspraxis. Die Bundesnotarkammer prangert den Missbrauch zu Recht seit Jahren an.[63] Die von den Notaren verlangte Belehrung ist gegenüber dem vollmachtlosen Stellvertreter „sinnlos“[64]. Neben den dogmatischen Bedenken, vollmachtlose Vertreter in einer Beurkundung einzusetzen, ist der Einsatz dieser Rechtsfigur auch haftungsrechtlich bedenklich.[65] Entstehen nämlich demjenigen, der mit einem vollmachtlosen Vertreter arbeitet, Schäden, kommen Schadensersatzansprüche aus Vertrag meist nicht in Betracht. Ob zumindest ein gesetzliches Schuldverhältnis vorliegt, etwa eines aus der Geschäftsführung ohne Auftrag,[66] hängt davon ab, ob der vollmachtlose Vertreter Fremdgeschäftsführungswillen hatte. Das ist bei den vollmachtlosen Vertretern, wie den Notarfachangestellten und Notarassessoren, die bei den Beurkundungen häufig eingesetzt werden, regelmäßig nicht der Fall,[67] sodass die Rechtsprechung zu Recht auch schon zu dem Ergebnis kam, dass in solchen Fällen keine Anspruchsgrundlage gegen den vollmachtlosen Vertreter ersichtlich ist.[68] Das Haftungsrisiko ist für die vermeintliche Vertragspartei also beträchtlich.

Der Einsatz vollmachtloser Vertreter bei der notariellen Beurkundung muss hier nicht abschließend geklärt werden. Als Argument dafür, dass vollmachtlose Vertreter in der Beschlussprozedur eingesetzt werden können, taugt es allerdings auch nicht.

Folgendes kommt hinzu: Während dem anderen Vertragspartner der Einsatz eines vollmachtlosen Vertreters bei der notariellen Beurkundung bewusst ist, da der Notar in der Urkunde formuliert und entsprechend vorliest, dass eine Person als vollmachtloser Vertreter erschienen ist, ist den anderen Organwaltern der Einsatz eines vollmachtlosen Vertreters bei der Beschlussprozedur häufig nicht bekannt. Wie soll etwa ein Wohnungseigentümer oder ein Aktionär in einer Versammlung mit mehreren Hundert, gar Tausend Personen erkennen können, welcher Vertreter Vertre-

---

[62] BayObLG, Beschl. v. 30.04.1993 – 3Z 49/93, NJW-RR 1993, 1429, 1430 (unter d)).

[63] Merkblatt der Bundesnotarkammer und Richtlinienempfehlung der BNotK, Ord.-Nr. 130 II, abgedruckt bei *Weingärtner*, Notarrecht, 9. Aufl. 2009, Nr. 296.

[64] So im Merkblatt der Bundesnotarkammer und Richtlinienempfehlung der BNotK, Ord.-Nr. 130 II, abgedruckt bei *Weingärtner*, Notarrecht, 9. Aufl. 2009, Nr. 296 – 2.

[65] Darauf weist auch das Merkblatt der Bundesnotarkammer und die Richtlinienempfehlung der BNotK hin, Ord.-Nr. 130 II, abgedruckt bei *Weingärtner*, Notarrecht, 9. Aufl. 2009, Nr. 296.

[66] So die BNotK im Merkblatt und in der Richtlinienempfehlung, Ord.-Nr. 130 II, abgedruckt bei *Weingärtner*, Notarrecht, 9. Aufl. 2009, Nr. 296 – 6.

[67] Notarfachangestellte und Notarassessoren, die sich als vollmachtlose Vertreter einsetzen lassen, verfolgen meist nur das aus ihrem Anstellungsvertrag folgende Interesse, sodass regelmäßig kein Raum für die Annahme eines Fremdgeschäftsführungswillens ist, OLG Hamm, Urt. v. 22.01.1999 – 29 U 42/98, DNotZ 2000, 307, 308; OLG Koblenz, Urt. v. 20.06.1991 – 5 U 75/91, NJW 1992, 2367; OLG Saarbrücken, Urt. v. 07.05.1997 – 1 U 771/96, NJW 1998, 828; *Medicus*, Bürgerliches Recht, 17. Aufl. 1996, Rn. 414; *Schubert*, AcP 178 (1978), 425, 435 f.; A. A. *Hersbruck*, DNotZ 2000, 309, 311.

[68] OLG Hamm, Urt. v. 22.01.1999 – 29 U 42/98, DNotZ 2000, 307.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tungsmacht hat und welcher nicht? Die Organwalter sind demnach ganz anders schutzbedürftig als es der Vertragspartner bei der Beurkundung ist.

c) Stellvertreter, die die Vertretungsmacht überschreiten (verdeckte Überschreitung der Vertretungsmacht)

Von der Entsendung vollmachtloser Vertreter in die Versammlung ist die Situation zu unterscheiden, dass der Organwalter einen Vertreter einsetzt, der tatsächlich eine Vertretungsmacht hat, diese dann aber verdeckt in der konkreten Situation innerhalb der Versammlung überschreitet. Der Unterschied liegt darin, dass der Vertretene im ersten Fall bewusst einen vollmachtlosen Vertreter einsetzen will (offene Vertretung ohne Vertretungsmacht, dazu oben unter b)), während er im hier nun untersuchten Fall nicht weiß, dass sein Vertreter später ohne Vertretungsmacht handeln wird. Auch hier ist die Beschlussprozedur in Gefahr, sollte der allgemeine Grundsatz aus § 177 Abs. 1 BGB zur Anwendung kommen, wonach das Fehlen der Vertretungsmacht zu einem Schwebezustand des Rechtsgeschäfts führt. Das Problem lässt sich jedenfalls nicht schon mit einer (entsprechenden) Anwendung von § 180 Satz 1 BGB lösen,[69] da das Problem in der verdeckten Überschreitung der Vertretungsmacht liegt. Die übrigen Organwalter und der Versammlungsleiter können die Überschreitung der Vertretungsmacht nicht erkennen. Der Versammlungsleiter zählt die vom Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegebene Stimme also mit[70] und verkündet den Beschluss im Anschluss an die Feststellung des Abstimmungsergebnisses. Ab diesem Moment ist das Rechtsgeschäft in der Welt und bindet alle Organwalter.[71]

Als Beispiel kann man sich vorstellen, dass der Organwalter dem Vertreter Vollmacht erteilt, bei einem ausreichend angekündigten Beschlussgegenstand, bei dem es um die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Geschäftsführer geht, bei der Geltendmachung von Ansprüchen aufgrund der Sachverhalte A und B mit JA oder NEIN mitzustimmen bzw. sich zu enthalten. In der Versammlung findet eine Aussprache statt. Sodann wird abgestimmt, ob Ansprüche aufgrund der Sachverhalte A, B *und C* geltend gemacht werden sollen. Der Stellvertreter stimmt mit JA und überschreitet damit seine Vertretungsmacht.

Gewöhnlich wird der Vertretene vor einem Vertragsschluss durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht dadurch geschützt, dass die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Vertretenen von dessen Genehmigung abhängt, § 177 Abs. 1 BGB. Der Vertrag ist folglich schwebend unwirksam.[72] § 177 Abs. 1 BGB setzt damit § 164

---

[69] Siehe zu dieser Analogie oben unter b).

[70] Die Problematik ähnelt also dem oben besprochenen Zählfehler des Versammlungsleiters bei der Feststellung des Abstimmungsergebnisses (§ 4 VII. 2. a)).

[71] Zu dieser Bindungswirkung oben in § 6 I. Zur konstitutiven Wirkung der Beschlussverkündung siehe § 4 VI.

[72] *Schmidt,* BGB Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 2019, Rn. 880; *Mansel,* in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 177 Rn. 1 und 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abs. 1 Satz 1 BGB fort, der die Bindungswirkung nur dann entstehen lässt, wenn jemand „innerhalb der bestehenden Vertretungsmacht" gehandelt hat.

Da ein Beschluss als Rechtsgeschäft jedoch nicht schwebend unwirksam sein kann,[73] steht dem vertretenen Organwalter der bei Verträgen durch § 177 Abs. 1 BGB vermittelte Schutz nicht zur Verfügung. Der Organwalter wird folglich an den Beschluss gebunden, obwohl der von ihm entsandte Vertreter seine Vertretungsmacht überschritten hat. Dies folgt allerdings nicht schon aus § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB, denn die dort normierte Bindungswirkung greift nur, wenn jemand „innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht" gehandelt hat. Dies war gerade nicht der Fall. Die Bindungswirkung folgt jedoch ab der Verkündung *aus dem Wesen des Beschlusses* als Rechtsgeschäft, da nunmehr das Rechtsgeschäft konstituiert ist und die Organwalter folglich bindet. Genau eine solche Bindungswirkung für alle Organwalter des Kollektivorgans macht den Beschluss als Rechtsgeschäft aus (vgl. oben in § 6).[74] Dies gilt auch, obwohl eine dem Beschluss zugrunde liegende Stimmabgabe fehlerhaft war, nämlich von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgegeben wurde. Hier zeigt sich erneut die rechtsbegründende Wirkung der Beschlussverkündung. Es handelt sich gerade nicht bloß um den Rechtsschein eines Beschlusses.[75] Ähnlich wie bei einem Zählfehler berücksichtigt der Versammlungsleiter zwar eine fehlerbehaftete Stimmabgabe, das ändert jedoch nichts daran, dass der Beschluss als Rechtsgeschäft zustande kommt, wie er verkündet wurde.[76] Wer dies anders sieht, muss konsequenterweise auch das Tatbestandsmerkmal der Beschlussverkündung infrage stellen,[77] was nicht überzeugen würde.

Das hier gefundene Ergebnis mag auf den ersten Blick unbillig erscheinen, da damit das Risiko durch den Einsatz eines Stellvertreters beim Beschluss höher ist als beim Vertrag. Materiell-rechtlich wird der vertretene Organwalter die Bindungswirkung nicht durch Anfechtung beseitigen können, da – wie bei den Willensmängeln gesehen (§ 9 III.) – § 142 Abs. 1 BGB nicht auf den Beschluss, sondern nur auf die Stimmabgabe anwendbar wäre. Der vertretene Organwalter wird aber nicht einmal eine Stimmabgabe anfechten können, da kein Anfechtungsgrund vorliegt. Insbesondere ist § 120 BGB zur Anfechtung wegen falscher Übermittlung auf den

[73] Ausführlich zu diesem Mythos in § 10.

[74] *Pawlowski,* Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl. 2003, § 4 Rn. 583; *Brehm*, BGB AT, 6. Aufl. 2008, § 5 Rn. 105; *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 52; *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 14; *Bork,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl. 2016, § 13 Rn. 437; knapp schon *Flume*, BGB AT, Band 2 – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 33 Nr. 2 durch den Hinweis auf das Mehrheitsprinzip im Gegensatz zur „Willensübereinstimmung aller Beteiligten".

[75] So aber im Wohnungseigentumsrecht *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, vor §§ 23 ff. Rn. 30, die (obgleich sie ebenfalls von einer konstitutiven Beschlussverkündung ausgehen) nur den Rechtsschein eines Beschlusses annehmen.

[76] Siehe ausführlich zum Zählfehler und der Bedeutung der Beschlussverkündung in § 4 VII. 2. a) und dort mit Nachweisen zur h. M., siehe ferner zur Behandlung des Zählfehlers in der Beschlussfehlerlehre in § 16 I.

[77] Dies machen *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, vor §§ 23 ff. Rn. 25 und 30 gerade nicht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Stellvertreter nicht anwendbar.[78] Auch prozessual wird der vertretene Organwalter keinen Erfolg haben, da die Klagebefugnis – etwa bei § 46 WEG oder § 246 AktG in Form der Anfechtungsbefugnis – kaum zu bejahen sein wird, resultiert der Fehler doch aus seiner eigenen Sphäre.

Andererseits kann der Organwalter das Risiko selbst reduzieren, indem er dem Versammlungsleiter erklärt, dass er seinem Vertreter eine bestimmte Vertretungsmacht erteilt (§ 167 Abs. 1 Alt. 2 BGB – Außenvollmacht). Hinzu kommt, dass sich der Vertreter ohne Vertretungsmacht (*falsus procurator*) schadensersatzpflichtig machen kann. Muss also der Organwalter für die Stimmabgabe des *falsus procurator* haften, weil der Beschluss wirksam zustande gekommen ist und sodann Wirkung entfaltet, wird er seinen sich pflichtwidrig verhaltenen Vertreter voraussichtlich in Regress nehmen können.

Der Vertreter ohne Vertretungsmacht scheint dann allerdings bei einer Beschlussfassung schlechter zu stehen als bei einem Vertragsschluss. Schließt er einen Vertrag als Vertreter ohne Vertretungsmacht, bestimmt sich seine Haftung nach § 179 BGB. Hat er gewusst,[79] als Vertreter ohne Vertretungsmacht zu handeln, kann der Vertragspartner wählen, ob anstelle des Vertretenen der Vertreter ohne Vertretungsmacht den Vertrag erfüllen muss oder Schadensersatz zu leisten hat, wenn der Vertretene die Genehmigung des schwebend unwirksamen Vertrages verweigert (§ 179 Abs. 1 BGB). Praktisch wohl noch wichtiger ist der Fall des § 179 Abs. 2 BGB, der den Vertreter ohne Vertretungsmacht schützt, wenn dieser den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat. Dann ist der *falsus procurator* nur zum Ersatz des Vertrauensschadens[80] verpflichtet, begrenzt auf das Erfüllungsinteresse des Vertragspartners. Beteiligt sich ein Vertreter ohne Vertretungsmacht hingegen an der Beschlussfassung und geht man davon aus, dass es keinen schwebend unwirksamen Beschluss gibt[81] – mithin § 177 BGB keine Anwendung findet – ist es nur konsequent, auch § 179 BGB nicht anzuwenden. Denn diese Haftungsnorm geht gedanklich davon aus, dass sich der Vertrag in der Schwebelage befindet.[82] Dieses Ergebnis ist stimmig, da der Beschluss in keiner Schwebelage verharren muss, sondern ab der Verkündung als Rechtsgeschäft entstanden ist. Die übrigen Organwalter benötigen auch keine dem § 179 BGB vergleichbare Vorschrift, da der Beschluss nun ausgeführt werden kann und muss. Eines kommt hinzu: Die von § 179 Abs. 1 BGB vorgesehene Rechtsfolge käme hier auch nicht in Betracht.[83] § 179

[78] *Armbrüster*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 120 Rn. 2.

[79] *Schubert*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 179 Rn. 2.

[80] *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, § 59 Rn. 989; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 27 Rn. 12; *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 51 Rn. 29.

[81] Siehe oben in § 10.

[82] Vgl. *Dörner*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 179 Rn. 4.

[83] In einem Sonderfall ließ sich der BGH (Urt. v. 20.03.1995 – II ZR 205/94, NJW 1995, 1739 – Girmes) dadurch jedoch nicht von einer *entsprechenden* Anwendung des § 179 Abs. 1 BGB abhalten. Dort hatte ein Stimmrechtsvertreter eine Vielzahl von Stimmen der Aktionäre

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abs. 1 BGB ermöglicht, dass der Vertrag *mit dem Vertreter ohne Vertretungsmacht* zustande kommt. Dazu kann der Vertragspartner die Erfüllung vom Vertreter ohne Vertretungsmacht wählen. Handelt jedoch ein *falsus procurator* für einen Organwalter, können die anderen Organwalter von diesem keine Erfüllung verlangen. Der Beschluss ist – anders als die meisten Verträge – nicht auf einen beid- oder mehrseitigen Leistungsaustausch gerichtet.

Damit verbleibt dem Organwalter als Anspruchsgrundlage gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht vorrangig § 280 Abs. 1 BGB.[84] Das dafür erforderliche Schuldverhältnis kann durch die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung im Sinne von § 167 BGB entstehen.[85] Stimmt der Vertreter bei der Beschlussfassung außerhalb seiner Vertretungsmacht mit, ist darin eine Pflichtverletzung im Sinne von § 280 Abs. 1 BGB zu sehen. Für die allgemeine Schadensersatzanspruchsgrundlage aus § 280 Abs. 1 BGB genügt es, wenn der Schuldner zumindest fahrlässig gehandelt hat (§ 276 Abs. 1 Satz 1 BGB). Entstehen dem Organwalter durch die fehlerhafte Stimmabgabe Schäden, hat der Vertreter ohne Vertretungsmacht diese nach § 249 BGB zu ersetzen – primär nach dem Grundsatz der Naturalrestitution, subsidiär als Geldersatz. Problematisch ist, dass es bei §§ 280 Abs. 1, 249 BGB keine Begrenzung der Höhe der Entschädigung gibt,[86] wie es § 179 Abs. 2 BGB vorsieht.

Zum Schutz des Vertreters ohne Vertretungsmacht ist daher zu überlegen, ob die Begrenzung nach § 179 Abs. 2 BGB auf den Vertrauensschaden zumindest analog Anwendung finden muss, wenn der Vertreter bei der Stimmabgabe den Mangel der

auf sich vereint, treuwidrig abgestimmt und den dadurch geschädigten Aktionären nicht mitgeteilt, wen er vertreten hatte. Die damalige Analogie zu § 179 Abs. 1 BGB hatte der BGH maßgeblich damit begründet, dass ein anderer Organwalter des Beschlusses darauf vertrauen dürfe, dass „ihm der Vertretene bekannt gegeben und er in die Lage versetzt wird, diesen auf Erfüllung der sich aus dem zustande gekommenen Rechtsverhältnis ergebenden Verpflichtung in Anspruch zu nehmen". Diese Fallkonstellation unterscheidet sich aber von der hier untersuchten dadurch, dass der Vertretene (nicht ein anderer Organwalter) seinen Vertreter ohne Vertretungsmacht auf Schadensersatz in Anspruch nehmen will. Für dieses Rechtsverhältnis verbietet sich eine Analogie zu § 179 Abs. 1 BGB, da keine Regelungslücke vorhanden ist und § 280 Abs. 1 BGB herangezogen werden kann (siehe sogleich). Soweit der BGH allerdings hier einen „allgemeine[n] Rechtsgedanke[n]" hervorhebt, wird dieser zustimmend in § 15 zu den geheimen Stimmabgaben aufgegriffen werden.

[84] Davon geht *M. Müller,* ZWE 2017, 395, 396 wie selbstverständlich aus: „Eine weisungswidrige Stimmabgabe kann […] einen Schadensersatzanspruch auslösen […]".

[85] § 280 BGB ist auch auf einseitige Rechtsgeschäfte anwendbar (*Lorenz,* in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 280 Rn. 2), wie das die Vollmacht sein kann. Wer eine Vollmacht nicht als Schuldverhältnis i. S. v. § 241 BGB versteht, wird § 280 BGB jedenfalls dann anwenden können, wenn die Vollmacht in ein anderes Schuldverhältnis integriert ist, etwa einen Auftrag, eine Geschäftsbesorgung oder einen Dienstvertrag. Auf all diese Schuldverhältnisse wäre § 280 BGB anwendbar (*H. P. Westermann,* in: Ermann, BGB, 14. Aufl. 2014, § 280 Rn. 5). Hinsichtlich der geschuldeten Pflicht gilt, dass sich der Bevollmächtigte innerhalb der ihm eingeräumten Vertretungsmacht bewegen muss, diese also in der Versammlung nicht überschreiten darf.

[86] Grundsatz der Totalreparation *Looschelders,* Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 2016, § 43 Rn. 957; *Hirsch*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2017, § 36 Rn. 869.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Vertretungsmacht nicht gekannt hat. Für eine solche Analogie ist zunächst daran zu erinnern, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des Stellvertretungsrechts die Stellvertretung bei der Beschlussfassung nicht im Blick hatte. Die Problematik eines *falsus procurator* bei der Beschlussfassung wird in den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch nicht erörtert.[87] Man wird also annehmen dürfen, dass hier eine planwidrige Regelungslücke vorliegt.

Ob die Interessenlage hinreichend vergleichbar ist, ist allerdings schwieriger zu beurteilen: *Erstens* sind die zu schützenden Parteien beim Vertrag und Beschluss unterschiedlich. So will § 177 BGB zunächst einmal den Vertretenen schützen, da dieser nicht an eine Willenserklärung gebunden sein soll, die nicht von der Vertretungsmacht für den entsandten Vertreter gedeckt ist. § 179 BGB schützt in Abs. 1 sodann den Vertragspartner („den anderen Teil"),[88] und schützt schließlich durch die Haftungsbegrenzung[89] in Abs. 2 den Vertreter ohne Vertretungsmacht,[90] wenn dieser den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat. Denn dann muss der Vertreter ohne Vertretungsmacht nur den Vertrauensschaden ersetzen, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrags hat. *Zweitens* gibt § 179 BGB in Abs. 1 das Wahlrecht und in Abs. 2 den Schadensersatzanspruch in die Hände des Vertragspartners und nicht die des Vertretenen – dieser konnte zuvor schon durch die Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung Einfluss auf den schwebend unwirksamen Vertrag nehmen.

Hiervon unterscheidet sich die Situation bei der Beschlussfassung. Hier soll nicht *ein* Vertragspartner, sondern es sollen *die übrigen* Organwalter geschützt werden und damit meist *deutlich mehr* Personen, die an der Entstehung des Rechtsgeschäfts beteiligt waren, als typischerweise beim Vertragsschluss. Deshalb gibt es auch keinen schwebend unwirksamen Beschluss. Mit der Verkündung des Beschlusses durch den Versammlungsleiter ist das Rechtsgeschäft konstituiert. Die übrigen Organwalter benötigen dann gegen den *falsus procurator* keine Anspruchsgrundlage mehr. § 179 Abs. 1 BGB mit seinem Wahlrecht würde für die übrigen Organwalter daher keinen Sinn machen und kann mangels vergleichbarer Interessenlage auch analog auf den Beschluss keine Anwendung finden. Der Wunsch, den Vertreter ohne Vertretungsmacht auch bei der Beschlussfassung hinsichtlich der Haftungshöhe nach § 179 Abs. 2 BGB zu schützen, mag noch hinreichend nachvollziehbar sein. Bei § 179 Abs. 2 BGB geht es aber nicht um den Schadensersatz *des Vertretenen* gegenüber dem *falsus procurator*, Anspruchsteller ist vielmehr der andere Teil. Beim Beschluss sind „der andere Teil" die übrigen Organwalter, die – wie gezeigt – keinen Schadensersatzanspruch benötigen. Im allgemeinen Stellvertretungsrecht ist eine

[87] Vgl. *Mugdan*, Band I, S. 475 ff. zur Vertretung und Vollmacht.

[88] Vgl. *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 27 Rn. 8.

[89] *Schubert*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 179 Rn. 3; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 27 Rn. 12; *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 51 Rn. 29.

[90] Vgl. *Köhler,* BGB Allgemeiner Teil, 40. Aufl. 2016, § 11 Rn. 70; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 27 Rn. 12.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Anspruchsgrundlage *des Vertretenen* gegenüber „seinem" *falsus procurator* nicht bekannt. Entweder genehmigt der Vertretene – dann bedarf es einer solchen Anspruchsgrundlage meist nicht[91] – oder der *falsus procurator* haftet gegenüber dem anderen Teil nach § 179 BGB. Infolgedessen wird im Verhältnis des Vertretenen zum *falsus procurator* auch nicht diskutiert, ob die Haftung direkt oder analog § 179 Abs. 2 BGB begrenzt werden kann. Nach alldem ist § 179 Abs. 2 BGB auf die Beschlussfassung nicht analog anwendbar.

Beim Beschluss kann der vertretene Organwalter damit den Vertreter ohne Vertretungsmacht nach § 280 Abs. 1 BGB auch dann in voller Höhe in Anspruch nehmen, wenn der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt hat, aber hätte kennen müssen und damit zumindest fahrlässig gehandelt hat. Damit ist die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht bei der Beschlussfassung strenger, da Anspruchsteller der vertretene Organwalter ist, der den Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB und nicht § 179 BGB geltend macht. Dieses Ergebnis lässt sich auch nicht mit einer Analogie zu § 179 Abs. 2 BGB an das allgemeine Stellvertretungsrecht anpassen, da die Interessenlage und die Personenkonstellation beim Beschluss gänzlich anders liegen.

Eingangs wurde betont, dass beim Beschluss in jedem Einzelfall geprüft werden muss, ob die §§ 104 ff. BGB Anwendung finden.[92] Hier zeigt sich nun erneut, dass einzelne Normen aus dem Allgemeinen Teil des BGB, wie §§ 177, 179 BGB, tatsächlich nicht auf den Beschluss Anwendung finden können. Der dort beim Vertrag vermittelte Schutz wird beim Beschluss für die übrigen Organwalter jedoch durch die Bindungswirkung des verkündeten Beschlusses und für den Vertretenen durch das allgemeine Schadensersatzrecht gewährleistet.

Ein letztes Problem ist jedoch offenzulegen: Der durch das allgemeine Schadensersatzrecht vermittelte Schutz kann an Grenzen stoßen, wenn der Ursprungszustand nicht wiederherstellbar und der Schaden nicht zumindest in Geld kompensierbar ist. In diesen Fällen ist der durch die §§ 164 Abs. 1, 177 BGB vermittelte Schutz dem durch die §§ 280, 249 ff. BGB vermittelten Schutz überlegen. Stimmt beispielsweise ein Vertreter ohne Vertretungsmacht bei einem Beschluss über eine Kapitalerhöhung für die Kapitalerhöhung und war diese Stimmabgabe für den Beschluss kausal, kann beim Vertretenen ein Schaden eintreten. Es mag sein, dass der Vertreter ohne Vertretungsmacht den Zustand nicht wiederherstellen kann (Grundsatz der Naturalrestitution, § 249 Abs. 1 BGB), der bestehen würde, wenn der Vertreter ohne Vertretungsmacht die kausale Stimme so nicht abgegeben hätte. Zumindest wird man aber die etwaige Verwässerung der Beteiligung des Vertretenen, zeichnet dieser nicht mit, als Schaden ansehen müssen und vom Vertreter ohne Vertretungsmacht dann nach § 251 Abs. 1 BGB die Entschädigung in Geld verlangen. Ging es bei diesem Beschluss jedoch um die Bestellung eines Aufsichts-

[91] Es können aber allgemeine Schadensersatzansprüche aus weiteren Schuldverhältnissen wie einem Arbeitsvertrag denkbar sein.

[92] S. oben in § 3 I. und etwa *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 2 a.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ratsmitglieds, dann greift weder der Grundsatz der Naturalrestitution noch der Schadensersatz in Geld, da der Vertreter ohne Vertretungsmacht den Ursprungszustand nicht wiederherstellen kann und die Wahl eines Aufsichtsratsmitglieds nicht in Geld beziffert werden kann. Dies alles zeigt jedoch nur, wie gut dem Gesetzgeber der durch §§ 164 Abs. 1, 177 BGB vermittelte Schutz gelungen ist und dass das allgemeine Schadensersatzrecht gerade beim Tatbestandsmerkmal des kausalen Schadens eine Hürde aufweist, die auch prozessual nicht immer durch die Schadensermittlungsvorschrift des § 287 ZPO zu lösen ist. Gleichwohl ist bei der hier dargestellten Lösung immer wieder daran zu erinnern, dass Organwalter an Beschlüsse aufgrund deren Rechtsnatur und dem Wesen des Majoritätsprinzips gebunden sind,[93] was eben auch für Organwalter gilt, die durch Stellvertreter vertreten wurden, die ihre Vertretungsmacht überschritten haben.

d) Der Versammlungsleiter als Stellvertreter

In einem besonderen Spannungsverhältnis steht eine Person, die Leiter der Versammlung ist, zugleich aber auch Stellvertreter von zumindest einem, womöglich sogar mehreren Organwaltern. Paradebeispiel ist der Verwalter einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, der den Vorsitz in der Versammlung führt (§ 24 Abs. 5 WEG) und zugleich von einem oder mehreren Wohnungseigentümern bevollmächtigt wird, die Stimmen für den oder die Organwalter abzugeben.[94] Ggf. wird in der Vollmacht ein besonders weites Ermessen eingeräumt, wonach der Versammlungsleiter nach freiem Ermessen entscheiden dürfe, teils wird die Vollmacht auch so eng gefasst, dass kein Entscheidungsermessen mehr gegeben ist und rechtlich eine Botenschaft vorliegt.[95]

Ein Spannungsverhältnis besteht spätestens dann, wenn der Versammlungsleiter widerstreitende Interessen der Vollmachtgeber in einer Person vertreten soll. Hat der Versammlungsleiter beispielsweise für die Organwalter A und B jeweils eine Vollmacht, die ihm freies Ermessen einräumt, und wäre bei einem Beschlussgegenstand ein Antrag im Interesse des A abzulehnen und im Interesse des B zu bejahen, würde sich bei einer einheitlichen Stimmabgabe durch den Vertreter der Interessenkonflikt verwirklichen. Genauso problematisch ist es, wenn Stimmen von Organwaltern, die durch den Verwalter abgegeben werden sollen, einem Stimmverbot unterliegen und der Versammlungsleiter auf der einen Seite die Stimmen abgeben soll, auf der anderen Seite für die Prüfung des Stimmverbots und der Stimmrechtsvollmacht[96] zuständig ist.

---

[93] Siehe ausführlich oben in § 6 I. und exemplarisch § 10 Abs. 5 WEG.

[94] Diese Möglichkeit wird in Rechtsprechung und Schrifttum übereinstimmend akzeptiert *Häublein*, ZWE 2012, 1; *Lüke*, ZWE 2012, 193 f.; *M. Müller*, ZWE 2017, 395, 398; *Bartholome*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 24 Rn. 211 ff.

[95] Zur Abgrenzung *Lüke*, ZWE 2012, 139 f.; *Abramenko*, ZWE 2016, 399, 408.

[96] *Häublein*, ZWE 2012, 1, 3; *Lüke*, ZWE 2012, 193, 199; *Abramenko*, ZWE 2016, 399, 405.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

In der Praxis werden Versammlungsleiter unterschiedlich häufig mit der Stimmabgabe in der Versammlung bevollmächtigt. So setzen Aktionäre, die an der Teilnahme verhindert sind, meist institutionelle Vertreter ein,[97] im Gläubigerausschuss wird die Möglichkeit der Stellvertretung im Schrifttum ohnehin häufig abgelehnt, sodass eine Vertretung durch den Versammlungsleiter nicht mehr erwogen wird.[98] In der Gläubigerversammlung kommt die Bevollmächtigung des Versammlungsleiters – des Richters – naturgemäß nicht in Betracht.[99] In Wohnungseigentümerversammlungen hingegen werden Versammlungsleiter besonders rege als Vertreter bevollmächtigt.

Dies ist kein Zufall. Es zeigt sich hier deutlich, dass es davon abhängt, ob die Organwalter mehr die Möglichkeit der Einflussnahme in der Versammlung haben oder einer Pflicht zur Mitwirkung unterliegen.[100] Wer nur die Möglichkeit einer Einflussnahme sieht, wird sich zum einen weniger mühen, an der Versammlung teilzunehmen, zum anderen leichter tun, einen Dritten mit der Stimmabgabe zu bevollmächtigen. Die Bevollmächtigung des Versammlungsleiters liegt dann nahe. Wer hingegen die Pflicht zur Mitwirkung betont, wird schon grundsätzlich weniger Bedürfnis nach einer Stellvertretung haben.

Die entscheidende Frage, ob ein Versammlungsleiter im Rahmen der Beschlussprozedur überhaupt *tauglicher Stellvertreter* sein kann, wird jedoch im Schrifttum – soweit ersichtlich – nicht gestellt. Kann also gerade der Versammlungsleiter Stellvertreter eines Organwalters sein? Wäre dies möglich, würde sich sogleich die Frage anschließen, ob eine solche Stellvertretung grundsätzlich möglich bzw. bei welchen Beschlüssen sie aus rechtlichen Gründen nicht möglich wäre.

Stellt man sich die hier entwickelte Beschlussprozedur vor, werden die empfangsbedürftigen Willenserklärungen der Organwalter gleichgerichtet gegenüber dem Versammlungsleiter abgegeben. Der Versammlungsleiter ist also Empfänger der Stimmabgaben.[101] Ist er zugleich Stellvertreter eines oder mehrerer Organwalter, gibt er eine oder mehrere eigene Willenserklärungen für die Organwalter ab und müsste im gleichen Atemzuge Empfänger dieser Stimmabgaben sein.

Rechtstechnisch wäre dies denkbar, so denn der Versammlungsleiter als Stellvertreter eines oder mehrerer Organwalter tatsächlich Stimmen abgibt. Er muss dabei

[97] *Bayer*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2016, § 67 Rn. 65 f.

[98] *Graeber*, in: Beck/Depré, Praxis der Insolvenz, 3. Aufl. 2017, § 10 Rn. 63; *Weiß*, in: Nerlich/Römermann, InsO, 32. EL April 2017, § 69 Rn. 7.

[99] Vgl. zur Leitung durch den Rechtspfleger § 3 Nr. 2 e) RPflG, zur Leitung durch den Richter in Gläubigerversammlungen in Insolvenzplanverfahren § 18 Abs. 1 Nr. 2 RPflG. Richter und Rechtspfleger haben die Gläubigerversammlung neutral und unparteiisch zu leiten (*Jungmann*, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 76 Rn. 1) und kommen damit als Vertreter nicht in Betracht.

[100] Deutlich die Mitwirkungspflicht nun betonend der WEMoG-RegE, S. 68 oben, zu § 19 Abs. 1 WEG-E: mit der Beschlusskompetenz geht „auch eine Pflicht gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zur Mitwirkung an einer Beschlussfassung“ einher.

[101] Ausführlich oben in § 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

den Willen, abzustimmen, *nach außen kundtun* und damit den objektiven Tatbestand der Willenserklärung erfüllen.[102] Anders ausgedrückt, darf der Versammlungsleiter als Stellvertreter die Stimme nicht nur innerlich abgeben und gedanklich mitzählen. Dann würde es sich nicht um eine Willenserklärung handeln. Wenn der Versammlungsleiter nun bei der Feststellung die von ihm selbst abgegebenen Stimmen auswertet und das Abstimmungsergebnis verkündet, kann er die Beschlussprozedur – wie im Regelfall – abschließen und den Beschluss zur Entstehung bringen. Rechtstechnisch wäre der Versammlungsleiter damit tauglicher Stellvertreter.

Bei diesem Übermittlungsvorgang – Stimmabgabe und Empfang der Stimmabgabe – würde allerdings ein und dieselbe Person auf beiden Seiten der Übermittlung stehen. So sehr sich hier auch der Gedanke an § 181 BGB aufdrängt und wohl deshalb vereinzelt im Schrifttum[103] auf § 181 BGB abgestellt wird, hat die Sache allerdings nichts mit einem Insichgeschäft zu tun. Danach kann der Vertreter, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht.

Der Versammlungsleiter als Vertreter eines oder mehrerer Organwalter schließt jedoch weder mit sich im eigenen Namen ein Rechtsgeschäft noch als Vertreter eines Dritten. Der Beschluss würde sich – da er Rechtsgeschäft im Sinne der Rechtsgeschäftslehre ist – noch unter das „Rechtsgeschäft" im Sinne des § 181 BGB subsumieren lassen. Allerdings will der Versammlungsleiter beim Beschluss nicht auf beiden Seiten handeln, da der Beschluss keine zwei sich gegenüberstehenden Vertragsparteien hat. Der Versammlungsleiter würde auf der Seite der Organwalter Willenserklärungen abgeben, die er als Empfänger entgegennehmen würde. Damit schließt der Versammlungsleiter aber nicht im Namen des Vertretenen ein Rechtsgeschäft mit sich im eigenen Namen. Die von § 181 BGB zu meiden versuchte Situation lässt sich damit mit der Beschlussprozedur nicht vergleichen. Die Vorschrift ist folglich nicht anwendbar. Wohl deshalb wird im Schrifttum zwar erörtert, ob die Vorschrift auch auf Beschlüsse anwendbar ist, aber nicht, ob § 181 BGB auch auf den Versammlungsleiter als Stellvertreter Anwendung findet.

Dies heißt jedoch nicht, dass die Interessenkollision[104], die § 181 BGB verhindern soll, nicht vorliegen kann.[105] Freilich kann der Versammlungsleiter ein eigenes Interesse daran haben, Stimmen, die er im Wege der Stellvertretung abgibt, in seinem Sinne abzugeben. Wesen der Stellvertretung ist gerade, dass der Stellvertreter im Rahmen der Vertretungsmacht ein Ermessen hat. Dieses Ermessen könnte der Versammlungsleiter in seinem Sinne ausüben. Das ist ohne Weiteres ersichtlich, wenn der Verwalter der Wohnungseigentümerversammlung bei einer Beschlussfassung über die Verlängerung seines Verwaltervertrages oder die Geltendmachung

[102] Ähnlich *Winnefeld,* DB 1972, 1053, 1054.

[103] *M. Müller*, ZWE 2017, 395, 398.

[104] *Dörner*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 181 Rn. 1.

[105] Diesbezüglich wieder übereinstimmend mit *M. Müller*, ZWE 2017, 395, 398.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

von Schadensersatzansprüchen gegen ihn als Verwalter Stimmen in seinem Interesse abgibt. Genauso ersichtlich wird die Interessenkollision, wenn der Aufsichtsratsvorsitzende Versammlungsleiter einer Sitzung des Aufsichtsrats ist und zugleich eine Stimme eines anderen Mitglieds des Aufsichtsrats abgeben soll. Es besteht dann die realistische Gefahr, dass der Aufsichtsratsvorsitzende die Stimme so abgibt, wie es seinem eigenen Interesse zugutekommt.

Allerdings zeigt sich hier kein Problem, das in der Funktion als Versammlungsleiter begründet liegt, sondern eines, das stets bei Abstimmungen auftreten kann, weshalb Stimmverbote rechtsgebietsübergreifend anerkannt sind. Das allgemeine Verbot, dass Personen bei Interessenkonflikten an Beschlussprozeduren nicht mitwirken dürfen, ist etwa in § 136 Abs. 1 AktG, § 47 Abs. 4 GmbHG und § 25 Abs. 5 WEG angelegt.[106] Wann immer der Versammlungsleiter als Stellvertreter anderer Organwalter eigene Willenserklärungen abgeben würde, bei denen er Richter in eigener Sache wird, würde er einem Stimmverbot unterliegen.[107] Es erscheint durchaus naheliegend, dass der Versammlungsleiter in seiner Rolle als Stellvertreter *eher schnell* in eine *Interessenkollision* geraten kann – insbesondere wenn er mehrere Organwalter vertritt – und daher relativ schnell einem Stimmverbot unterliegt. Dann, aber auch nur dann, ist der Versammlungsleiter als Stellvertreter ausgeschlossen. Unter der Annahme, dass bei der Beschlussprozedur auch eine Botenschaft möglich ist, wäre demnach eher denkbar, den Versammlungsleiter als Boten einzusetzen, damit dieser keine eigene, sondern lediglich eine fremde Willenserklärung abgibt.[108]

III. Botenschaft

Schließlich ist die Frage zu klären, ob ein Organwalter einen Boten einsetzen kann, der für ihn wirksam eine Stimme abgibt. Der Bote unterscheidet sich vom Stellvertreter dadurch, dass er keine eigene, sondern eine fremde Willenserklärung abgibt.[109] Er hat damit kein eigenes Ermessen,[110] kann typischerweise also nur eine JA- oder NEIN-Stimme überbringen.[111]

---

[106] Vgl. BGH, Urt. v. 14.07.2017 – V ZR 290/16, NZG 2017, 1181; *Schubert*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 181 Rn. 32 ff.; *Schemmann*, NZG 2008, 89. § 25 Abs. 5 WEG soll nach dem WEMoG (RegE vom 23.03.2020) zu § 25 Abs. 4 WEG-E werden.

[107] *M. Müller*, ZWE 2017, 395, 398.

[108] *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 25 WEG Rn. 92 wendet für den Versammlungsleiter in der Wohnungseigentümerversammlung das Stimmverbot nach § 25 Abs. 5 WEG nicht an, wenn der Eigentümer dem Versammlungsleiter als Vertreter die Willenserklärung vorgegeben hat. Gleichwohl für den Ausschluss der Stimmabgabe aber *M. Müller*, ZWE 2017, 395, 398; *Merle*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 25 Rn. 152.

[109] *Leipold*, BGB I, 10. Aufl. 2019, § 22 Rn. 10; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 24 Rn. 3.

[110] *Leipold*, BGB I, 10. Aufl. 2019, § 22 Rn. 11; *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 179.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Unterscheidung zwischen Stellvertreter und Bote wird im Schrifttum teils sehr großzügig gehandhabt und „auch derjenige als Vertreter [qualifiziert], dem das Stimmverhalten […] im Einzelnen vorgegeben wurde“[112]. Dies überzeugt nicht. Ist das Stimmverhalten im Einzelnen vorgegeben, hat der Entsandte also zu bestimmten Beschlussanträgen mit JA bzw. zu bestimmten Beschlussanträgen mit NEIN zu stimmen, überbringt er folglich fremde Willenserklärungen und ist damit Bote.[113] Richtig ist aber, dass aus Sicht des Organwalters die Entsendung eines Stellvertreters mehr Einflussmöglichkeiten schafft, da der Bote zwar die Stimmabgabe überbringen kann, aber zweifelhaft sein kann, ob dem Boten ein Rede- und Antragsrecht zusteht.[114] Diese Möglichkeit würde jedoch in aller Regel beim Stellvertreter bestehen, der das Stimmrecht und damit die der Abstimmung vorausgehenden Rechte wie Rede- und Antragsrecht stellvertretend ausübt.[115]

Zunächst ist zu berücksichtigen, dass als Bote nur eine Person geeignet ist, die auch an der Versammlung teilnehmen darf. Andernfalls fehlt dem Boten schon das Teilnahmerecht. Die Problematik beim Einsatz von Boten bei der Stimmabgabe liegt jedoch woanders. Sollte der einzelne Organwalter für sein Stimmverhalten persönlich haftbar sein, kann der Einsatz eines Boten bei der Beschlussprozedur mit einem höheren Risiko verbunden sein. Hat der Bote zu einem Beschlussantrag beispielsweise eine NEIN-Stimme zu überbringen, werden während der Aussprache in der Versammlung jedoch erstmals überzeugende Gegenargumente erkennbar und wäre jetzt *nur* die Abgabe einer JA-Stimme pflichtgemäß, könnte der Bote nicht reagieren. Ihm fehlt dieser nun in der Versammlung erforderliche Entscheidungsspielraum. Der Bote würde also voraussichtlich gleichwohl eine NEIN-Stimme überbringen. Der Organwalter würde gegebenenfalls für diese ihm zurechenbare Stimmabgabe haften müssen (vgl. noch § 16 II.). Dieses Problem muss bei der Stimmabgabe nicht grundsätzlich gegen eine Botenschaft sprechen, zeigt aber für die Praxis, dass es sinnvoll wäre, sich als Organwalter – wo immer möglich – nach der Aussprache und vor der Stimmabgabe noch einmal informieren zu lassen.

Vor die Klammer zu ziehen ist schließlich auch die Überlegung, dass die Aussprache in der Beschlussprozedur der Abstimmung zwar typischerweise voraus-

[111] Nicht ausgeschlossen ist, dass ein Beschlussantrag auf einen anderen Begriff gemünzt ist als auf JA oder NEIN.

[112] *M. Müller,* ZWE 2017, 395, 396.

[113] *J.-H. Schmidt*, in: Jennißen/Schmidt, Der WEG-Verwalter, 2. Aufl. 2010, A Rn. 204. A. A. *Häublein*, ZWE 2012, 1, 5; *M. Müller,* ZWE 2017, 395, 396.

[114] Das Rede- und Antragsrecht für den Boten verneinend *M. Müller,* ZWE 2017, 395, 396. Die Rechtsmacht des Boten kann also so begrenzt sein, dass dieser nur die Willenserklärungen überbringt, die sonstigen Rechte des Organwalters, wie das Rede- und Antragsrecht, aber nicht ausüben darf.

[115] Insoweit wieder übereinstimmend mit *Häublein*, ZWE 2012, 1, 5; *M. Müller,* ZWE 2017, 395, 396.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

geht,[116] da meist zunächst zu klären ist, was als kollektiver Wille überhaupt in Betracht kommt, als solches aber kein Tatbestandsmerkmal der Beschlussprozedur ist. Verzichtet ein Organwalter also auf die Teilnahme an der Aussprache und die damit verbundene Möglichkeit, sein Abstimmverhalten anzupassen, verhindert dies nicht die Beschlussfassung, sondern erhöht primär dessen eigenes Risiko einer etwaigen Haftung für sein Stimmverhalten.

Vor diesem Hintergrund ist nachfolgend zunächst ein Befund aufzustellen, wie in den einzelnen Organen der Einsatz von Stimmboten eingeschätzt wird. Sodann ist die eigene Analyse anzuschließen.

1. Befund im Bürgerlichen Recht und Gesellschaftsrecht

Im Bürgerlichen Recht – etwa bei der Wohnungseigentümerversammlung – geht die überwiegende Meinung davon aus, dass eine Botenschaft möglich sei.[117] Die Stimmabgabe mittels Boten entspreche zwar nicht dem gewünschten Regelfall, wonach der Wille der Organwalter in der Versammlung entwickelt würde. § 108 Abs. 3 Satz 3 AktG zeige jedoch, dass eine solche Botenschaft möglich sei und könne daher entsprechend angewandt werden.[118]

Im Kapitalgesellschaftsrecht hingegen scheint sich die Auffassung verbreitet zu haben, dass Gesellschafter einer GmbH, Aktionäre und Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft ihre Stimme durch Boten nicht wirksam abgeben können.[119]

So wird im GmbH-Gesellschaftsrecht argumentiert, dass die Beschlüsse ausweislich § 48 Abs. 1 GmbHG in Versammlungen gefasst werden müssten; denn der Wille werde in der Versammlung gebildet.[120] Dazu müsse der Gesellschafter seine Stimme persönlich abgeben. Die Stimmabgabe durch einen Boten sei vom Ge-

---

[116] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 100.

[117] *Riecke*, in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 24 Rn. 52; *Abramenko,* ZWE 2016, 399, 403; *Schultzky*, in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 25 Rn. 63; *Merle*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 25 Rn. 92; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 24 WEG Rn. 60. A. A. *Bub*, in: Staudinger, 2005, § 25 WEG Rn. 177 (Stimmbote unzulässig): „Die Willensbildung innerhalb der Eigentümerversammlung soll in der Versammlung, nicht bereits zuvor erfolgen". Dazu kaum konsistent ist dann seine nächste Aussage, wonach es möglich sei, „einen Vertreter anzuweisen, wie er in einzelnen Fragen abzustimmen hat".

[118] *Schultzky*, in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 25 Rn. 63; *Merle*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 25 Rn. 92.

[119] So für die AG-Hauptversammlung *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 134 Rn. 33, dort sogar als „unstr." bezeichnet. Für die GmbH-Gesellschafterversammlung *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 334 (beide Quellen mit dem Hinweis, dass die Satzung Botenschaft erlauben könne); *Wicke*, in: Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 47 Rn. 9.

[120] So prägnant bis zur Vorauflage *Roth,* in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 47 Rn. 37.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

setzgeber daher nicht vorgesehen.[121] Ausnahmen seien nur denkbar, wenn die Satzung eine Stimmabgabe durch Boten vorsehe oder wenn alle Gesellschafter einer derartigen Stimmabgabe zustimmten. Bote könne dann ein Mitgesellschafter oder ein zu der Versammlung zugelassener Dritter sein.[122]

Ganz ähnlich lautet die Argumentation für die Hauptversammlung im Aktienrecht. Die Stimmen der Aktionäre müssten ausweislich § 118 Abs. 1 AktG innerhalb der Hauptversammlung abgegeben werden. Würden sie außerhalb der Hauptversammlung abgegeben, seien sie unzulässig.[123] Anders als im GmbH-Gesellschaftsrecht könne daran auch die Satzung nichts ändern, da im Aktienrecht nach § 23 Abs. 5 AktG der Grundsatz der Satzungsstrenge gelte. Für Stimmboten sei damit im Aktienrecht grundsätzlich kein Raum.[124] Teils heißt es, dass die Satzung zumindest aber die Stimmabgabe auf elektronischem Weg (§ 118 Abs. 1 Satz 2 AktG) oder per Briefwahl (§ 118 Abs. 2 AktG) ermöglichen könne und auf diesem Wege dann auch die Einschaltung eines Boten denkbar sei.[125]

Schließlich wird im Schrifttum für den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft betont, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats ihr Amt höchstpersönlich auszuüben hätten (§§ 101 Abs. 3 Satz 1, 111 Abs. 6 AktG).[126] Daher sei allenfalls eine persönliche schriftliche Stimmabgabe mit anschließender Überreichung auf Grundlage von § 108 Abs. 3 Satz 1 AktG möglich, wobei Bote ein anderes Aufsichtsratsmitglied sein könne.[127] Dritte kämen aufgrund der Regelung in § 109 Abs. 3 AktG nur dann in Betracht, wenn sie durch Satzungsregelung und Ermächtigung in Textform zur Teilnahme an der Aufsichtsratssitzung berechtigt seien.[128] In der Rechtsprechung

---

[121] Vgl. *Hüffer/Schürnbrand,* in: Ulmer, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 116.

[122] *K. Schmidt,* in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 47 Rn. 78.

[123] *Rieckers,* in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 134 Rn. 47; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 134 Rn. 33; *Arnold,* in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 134 Rn. 75.

[124] *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 134 Rn. 33.

[125] *Rieckers,* in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 134 Rn. 47.

[126] *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 25 Rn. 29; so auch schon zusammen mit *Peter Ulmer* (*Ulmer/Habersack,* in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 25 Rn. 29).

[127] *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 174; *Ulmer/Habersack,* in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 25 Rn. 29; *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 25 Rn. 29; Weisungen an Stimmboten anerkennt *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 29 MitbestG Rn. 15 auch im Rahmen des § 29 Abs. 2 MitbestG (erneute Abstimmung bei Stimmengleichheit); der Einsatz von Stimmboten sogar bei der Zweitstimme im mitbestimmten Aufsichtsrat wurde schon früh untersucht von *Westermann*, ZGR 1977, 219, 234 f. Den in § 108 Abs. 3 AktG erwähnten Stimmboten kannte das AktG 1937 noch nicht.

[128] *Ulmer/Habersack,* in: Ulmer/Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 3. Aufl. 2013, § 25 Rn. 29; *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 25 Rn. 29.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des BGH hingegen wurde der Einsatz von Stimmboten unproblematisch akzeptiert.[129]

2. Analyse und Stellungnahme

Vorliegend wird dieser Auffassung für keines der drei genannten gesellschaftsrechtlichen Organe gefolgt. Sie harmoniert weder mit den Grundsätzen der Beschlussprozedur, noch wird sie zahlreichen gesetzgeberischen Regelungen gerecht. So wie es der ganz herrschenden Meinung im Wohnungseigentumsrecht entspricht, ist aus Sicht der Rechtsgeschäftslehre nichts dagegen einzuwenden, dass Stimmabgaben auch in anderen Organen durch Boten abgegeben werden können.

Erstens ist nur im Ausgangspunkt die Überlegung richtig, dass im Normalfall die Stimmen in der Versammlung abgegeben werden sollen, da der Stimmabgabe – im Idealfall – eine Aussprache vorangeht. Die Aussprache und damit die Möglichkeit auf das Ergebnis der Diskussion zu reagieren, ist jedoch kein Tatbestandsmerkmal des Beschlusses. Wer diese Möglichkeit überbetont, verändert die Beschlussprozedur, was nicht überzeugen kann.

Nur weil § 48 Abs. 1 GmbHG und § 118 Abs. 1 Satz 1 AktG im Wortlaut davon sprechen, dass das Stimmrecht in der Versammlung ausgeübt wird, heißt das *zweitens* jedoch nicht, dass der Anteilsinhaber die Stimme höchstpersönlich abgeben müsse.[130] Dem Wortlaut wird es ebenfalls gerecht, wenn der Anteilsinhaber sein Stimmrecht durch einen Boten in der Versammlung ausüben lässt. Da die Stimm-

[129] BGH, Urt. v. 17.05.1993 – II ZR 89/92, NJW 1993, 2307, 2310.

[130] Soweit in bestimmten Organen, wie der Wohnungseigentümerversammlung, *in bestimmten Fällen* eine Teilnahmepflicht bestehen kann, weil die Mitwirkung in der Versammlung durch Stimmabgabe eine Hauptpflicht darstellt (*Skauradszun*, NZM 2015, 273, 276 und *ders.*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 32 und 37), muss zum einen gefragt werden, wie sich dies bei anderen Organen verhält, zum anderen ist auch in der Wohnungseigentümerversammlung eine Vertretung und Botenschaft möglich (*Riecke*, in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 24 Rn. 52; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 24 WEG Rn. 60), die Stimmabgabe also nicht höchstpersönlicher Natur (*Abramenko* ZWE 2016, 399, 403; *Schultzky*, in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 25 Rn. 60). Siehe ferner *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 88 mit einer Analyse, wann die Nichtteilnahme erhebliche Auswirkungen auf das Abstimmungsergebnis haben kann und ferner mit dem zutreffenden Hinweis auf S. 89, dass die Organkompetenz allen Organwaltern „anvertraut" ist, weshalb eine Nichtteilnahme an der Beschlussfassung den Wert der Entscheidung „des Kollektivs" schmälert. Es wird nur ein „Bruchteil des Ganzen" tätig. Auf S. 90 spricht er zu Recht von der „Gefahr einer Minorisierung des Kollektivorgans". Gänzlich anders – und damit *grundsätzlich* keine Teilnahmepflicht – sehen dies BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NJW 2015, 613, NZM 2015, 53; BGH, Urt. v. 08.05.2015 – V ZR 163/14, NJW-RR 2015, 1037, ZWE 2015, 328; daran anknüpfend LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 05.07.2016 – 14 S 6933/15 WEG, ZMR 2017, 95, 96; *Krebs*, jurisPR-MietR 21/2017, Anm. 5; *Schöpflin*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2019, § 25 Rn. 15; *Müller*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 14 Rn. 58a.2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

abgabe eine Willenserklärung ist und Willenserklärungen auch von Boten überbracht werden können, ist gegen diese Konstruktion nichts einzuwenden.

Drittens zeigt das AktG in § 108 Abs. 3 Satz 3 unmissverständlich, dass eine Botenschaft möglich ist.

Viertens geht der Gesetzgeber in § 135 Abs. 1 AktG davon aus, dass ein Aktionär inhaltlich über sein Stimmrecht schon vor der Hauptversammlung entschieden haben kann und dieses sodann durch einen Intermediär[131], etwa ein Kreditinstitut (§ 67a Abs. 4 AktG, Art. 4 Abs. 1 Nr. 1 CRR),[132] in der Hauptversammlung ausüben lässt. Ist die Weisung eng erteilt, sodass der Intermediär keinen Entscheidungsspielraum mehr hat,[133] handelt der Intermediär in der Hauptversammlung als Bote des Aktionärs.

Fünftens sprechen auch die gesetzgeberischen Vorschriften zur schriftlichen Stimmabgabe (§ 48 Abs. 2 GmbHG und § 118 Abs. 2 AktG) deutlich dafür, dass die Stimme auch außerhalb einer Versammlung abgegeben[134] und damit durch Boten überbracht werden kann.

Nach alldem lassen sich methodisch aus dem Wortlaut der genannten Vorschriften, der Systematik und dem Sinn und Zweck der Regelungen überzeugende Argumente entwickeln, wonach die Botenschaft bei der Stimmabgabe in Kollektivorganen möglich ist.

---

[131] Durch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) vom 12.12.2019 wurde in § 135 AktG das Wort „Kreditinstitut" durch „Intermediär" ersetzt.

[132] *J. Schmidt*, NZG 2018, 1201, 1214.

[133] *Rieckers*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 135 Rn. 69. Vgl. zur Weisungsgebundenheit der Kreditinstitute bei der Stimmabgabe *Herrler*, in: Grigoleit AktG, 2013, § 135 Rn. 2, 14; *Rieckers*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 135 Rn. 64 ff.; *Hirschmann*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 135 Rn. 15; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 135 Rn. 11; *Liebscher*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 135 AktG Rn. 8. Siehe ferner zu einer Möglichkeit, von einer Weisung abzuweichen, § 665 BGB aus dem bürgerlich-rechtlichen Auftragsrecht.

[134] Das wird 1895 etwa schon von *v. Gierke*, Deutsches Privatrecht I, S. 500 Fn. 17 anerkannt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 12 Beschlüsse mit Bezug zu anderen Personen und das Plädoyer gegen den Beschluss als hybrides Rechtsgeschäft

Einen Sonderfall stellen Beschlüsse dar, mit denen eine Rechtsstellung bei einem Organwalter oder Dritten begründet oder beendet werden soll. Hier ist im Schrifttum eine weitverbreitete Auffassung anzutreffen, die über die gewöhnliche Beschlussprozedur hinaus noch weitere – teils ausdrücklich als konstitutiv qualifizierte – Tatbestandsmerkmale prüft. So wird der Zugang des verkündeten Beschlusses bei der Person verlangt, die von dem Beschluss betroffen ist, und zudem im Falle der Bestellung dessen Annahme. An diesen Beschlüssen ist von Interesse, dass sie ihre Rechtswirkungen offenbar nicht auf das Innenverhältnis im Organ oder Verband beschränken, sondern Rechtsfolgen auch für Personen haben können, die bislang noch nicht Organwalter sind. Dogmatisch interessant ist bei diesen Beschlüssen ferner die Frage, ob die oben entwickelte Beschlussprozedur tatsächlich verändert, nämlich erweitert, werden muss, oder aber ein deutlich geringerer Eingriff in die Beschlussprozedur genügt.

Beschlüsse mit Bezug zu anderen Personen haben eine hohe Praxisrelevanz. Bestimmte fehlerhafte Bestellungen durch einen Gesellschafterbeschluss können zur Haftung der abstimmenden Organwalter für ihr Stimmverhalten führen (vgl. etwa §§ 6 Abs. 5, 46 Nr. 5 GmbHG).[1] Die Abberufung eines Organwalters durch Beschluss kann ferner zu unterschiedlichen Zeitpunkten wirksam werden, je nachdem was über die oben entwickelte Beschlussprozedur hinaus noch an Wirksamkeitsvoraussetzungen verlangt wird. Außerdem werden neben der Organstellung zwischen der Person und dem Verband häufig auch Schuldrechtsverhältnisse begründet, sodass die Frage, ob der Beschluss nur das Innenverhältnis regelt oder in einem Akt auch Willenserklärung im Außenverhältnis sein kann, für WEG-Verwalter, GmbH-Geschäftsführer, Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gleichermaßen bedeutsam ist.

[1] Für den Bestellungsbeschluss des Aufsichtsrats enthält § 76 Abs. 3 AktG zwar die gleichen Bestellhindernisse, allerdings keine dem § 6 Abs. 5 GmbHG parallele Anspruchsgrundlage auf Schadensersatz, wenn der Aufsichtsrat gleichwohl so beschließt. Viele wenden für die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder dann aber §§ 116, 93 AktG an (vgl. etwa *Buck-Heeb*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 6 Rn. 20).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

I. Befund im Vereins- und Gesellschaftsrecht

Wichtiges Beispiel für Beschlüsse mit Bezug zu anderen Organen ist etwa die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers einer GmbH oder des Vorstands eines Vereins bzw. einer Aktiengesellschaft. Hier nimmt die überwiegende Rechtsprechung und ganz herrschende Literatur an, dass ein Beschluss neben der Verkündung in der Versammlung zudem noch voraussetze, dass er dem Erklärungsempfänger – bei der Bestellung oder Abberufung also etwa dem Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglied – *mitgeteilt* werde, *zugehe* und von diesem *angenommen* werde.[2] Dies scheint so zweifelsfrei zu sein, dass diese Annahme teils gar nicht begründet wird.[3] Vereinzelt wird nur kurz angemerkt, dass derartige Beschlüsse mitwirkungsbedürftig seien. Obwohl hier geradezu selbstverständlich drei weitere Tatbestandsmerkmale hinzugenommen werden, wird von den Anhängern dieser Auffassung nicht thematisiert, dass diese bei Lichte betrachtet die normale Beschlussprozedur erweitern und den Zeitpunkt der Entstehung des Beschlusses nach hinten verschieben.

Nur selten und auch eher im älteren Schrifttum finden sich hingegen Stellungnahmen, wonach im Vereins-, Aktien- bzw. Genossenschaftsrecht das Vorstandsmitglied mit Verkündung des Beschlusses der Mitglieder- bzw. Generalversammlung bzw. des Aufsichtsrats bestellt oder abberufen sei und nicht etwa erst mit der Erklärung des Beschlussinhalts gegenüber dem betroffenen Vorstandsmitglied.[4] Die

---

[2] RG, Urt. v. 14.05.1908 – VI ZR 384/07, RGZ 68, 381, 385 (Beschluss „zunächst bloß ein innerer Vorgang". „Diese Entschließung bedurfte […] der Ergreifung von Maßnahmen, durch welche sie zur Ausführung gebracht wurde"); BGH, Urt. v. 05.05.2003 – II ZR 50/01, NZG 2003, 771; *Vedder*, in: Grigoleit, AktG, 2013, § 84 Rn. 3 f.; *Pusch/Daub*, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2016, § 84 Rn. 12; *Weber*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 84 Rn. 3; *Teichmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 46 Rn. 29; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 84 Rn. 4; *Schaal*, in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 221. EL August 2018, § 84 Rn. 1 und 7; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 84 AktG Rn. 3 f.; *Drescher*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 47 Rn. 9. Davon geht wohl auch *Hillmann*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 47 GmbHG Rn. 4 aus, wenn es heißt „Ein Gesellschafterbeschluss, der die Grundlage für ein Rechtsgeschäft der Gesellschaft bildet, wird jedoch idR zugleich mit seinem Zustandekommen mit Außenwirkung umgesetzt, wenn sowohl die Geschäftsführer als auch der Dritte als Erklärungsempfänger bei der Beschlussfassung zugegen sind"; *Winnefeld,* DB 1972, 1053, 1055; *Lange*, NJW 2015, 3190, 3192.

[3] Exemplarisch so bei *Weber*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 84 Rn. 3; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 84 AktG Rn. 4.

[4] *v. Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 515: „[…] durch den Beschluß wird, wenn er eine Wahl ist, das ausführende Organ des Vereins geschaffen […]"; *Waldecker*, Die eingetragene Genossenschaft, 1916, S. 212 f.: „In jedem Fall ist die Berufung oder Bestellung ein einseitiger Akt der Lebensbetätigung der e.G., kraft dessen der zur Organträgerschaft Bestellte unmittelbar die betreffenden Amtsfunktionen zu übernehmen berechtigt ist, ohne daß es seinerseits irgendeiner „Annahme" der Wahl, Ernennung usw. bedürfe. […] Mit der Bestellung ist die Organträgerschaft begründet"; *Feine*, Handbuch des gesamten Handelsrechts, 3. Band, 1929, S. 470: „Sie ist nicht im eigentlichen Sinn empfangsbedürftig,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

hierzu zwischen 1910 und 1929 erschienenen Schriften haben gemein, dass sie die Beschlussprozedur nicht erweitern und genauer zwischen der Innen- und Außenwirkung eines Beschlusses unterscheiden. Dies würde sich deutlich besser mit dem hier vorgestellten Ansatz vereinbaren lassen, die einmal entwickelte Beschlussprozedur möglichst auch in allen Fällen beizubehalten.

II. Befund im Wohnungseigentumsrecht

Im Wohnungseigentumsrecht wird in Rechtsprechung und Schrifttum ebenfalls angenommen, dass die Organstellung durch Beschluss erst begründet sei, wenn die Bestellung der Person mitgeteilt, der Beschluss ihr zugegangen und die Person die Bestellung durch die Wohnungseigentümerversammlung angenommen habe.[5] Das scheint auch dort selbstverständlich zu sein, weshalb auf Begründungen meist verzichtet wird. Soweit ersichtlich, haben im neueren Schrifttum nur Abramenko[6] und Greiner[7] einen alternativen Vorschlag unterbreitet und sich für die Verschmelzung des internen Bestellungsbeschlusses mit der Umsetzung im Außenverhältnis stark gemacht. Interne Willensbildung und externe Ausführung könnten *uno actu* erfolgen.[8]

Da diese These die grundsätzliche Frage aufwirft, ob Beschlüsse unmittelbar zugunsten (bzw. zulasten) Dritter denkbar sind, wird diese Thematik isoliert unter IV. erörtert. Für den Moment genügt der Befund, dass die Vorstellungen im Vereins-, Gesellschafts- und Wohnungseigentumsrecht diesbezüglich auf einer Linie liegen: Die Beschlussprozedur wird bei Beschlüssen mit Bezug zu anderen Personen um ein Mitteilungsmerkmal, ein Zugangsmerkmal und ein Annahmemerkmal erweitert.

---

eine Mitteilung des Beschlusses an den Berufenen erscheint nicht erforderlich; […]. Auch einer ausdrücklichen oder schlüssigen Annahme der Organschaft bedarf es nicht […]".

[5] BGH, Beschl. v. 20.06.2002 – V ZB 39/01, NJW 2002, 3240; *Bogen*, ZWE 2002, 289; *Abramenko*, in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 26 Rn. 7 und 10; *Jennißen*, in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 26 Rn. 19; *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 26 WEG Rn. 44 f.; *Becker*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 26 Rn. 28. In der Entscheidung des BGH, Versäumnisurt. v. 05.07.2019 – V ZR 278/17, Rn. 40 trennt der Senat weiterhin zwischen der Bestellung als organschaftlicher Akt im Innenverhältnis und der Ermächtigung zum Abschluss des Verwaltervertrags im Außenverhältnis.

[6] *Abramenko*, ZWE 2013, 395.

[7] *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 26 WEG Rn. 44 ff.

[8] *Jacoby*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 26 Rn. 151 f. macht eine ähnliche Feststellung und lehnt diese Sicht, wie hier, ab („Nicht selten findet sich die Auffassung, die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer könne das Angebot auf Abschluss eines Verwaltervertrags auch durch Beschluss in der Eigentümerversammlung annehmen").

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

III. Stellungnahme und Rückbesinnung auf die Grundsätze der Beschlussprozedur

So weitverbreitet die Ansicht der herrschenden Meinung auch ist, fügt sie sich doch nicht in die oben dargestellte Beschlussprozedur ein und ist von ihrer Konstruktion her zu überdenken.[9]

Es ist vielmehr zu fragen, ob es auch für das Begründen oder Beenden einer Organstellung durch Beschluss in Kollektivorganen, wie der Mitgliederversammlung (§ 27 Abs. 1 BGB), der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5 GmbHG) bzw. dem Aufsichtsrat (§ 84 Abs. 1 AktG), bei der oben entwickelten Beschlussprozedur verbleiben kann.[10] Es ist insbesondere zu fragen, ob – wenn eine Annahme des Dritten erforderlich ist – anstelle der von der h. M. vertretenen Erweiterung der Beschluss*prozedur* eine andere Konstruktion denkbar ist. Eine solche Alternative sollte all jene Probleme in der Rechtspraxis vermeiden, die entstehen können, wenn der Organwalter – etwa bei der Abberufung – nicht mehr erreichbar ist und das Abstimmungsergebnis daher schon nicht zugehen kann.

1. Auslegung

Zunächst lassen sich aus dem Wortlaut der Bestellungs- und Abberufungsvorschriften keine Anhaltspunkte dafür gewinnen, dass die Mitteilung, der Zugang und die Annahme des Bestellungs- bzw. Abberufungsbeschlusses beim Dritten bzw. Organwalter Teil der Beschlussprozedur wären.[11]

Der Wortlaut des Vereinsrechts, das für die juristischen Personen den Ausgangspunkt bildet, spricht vielmehr dafür, dass die bislang entwickelte Beschlussprozedur auch bei Beschlüssen mit Bezug zu anderen Personen beibehalten wird.[12] Nach § 27 BGB erfolgt „die Bestellung des Vorstands durch Beschluss der Mitgliederversammlung“ und gerade nicht durch Mitteilung, Zugang und Annahme des Beschlusses beim und durch den Vorstand. Besonderes Augenmerk ist hierbei auf die vom Gesetzgeber gewählte Präposition zu legen. So wird der Vereinsvorstand „durch“ Beschluss bestellt (§ 27 Abs. 1 BGB) und nicht aufgrund eines internen

[9] Ähnlich schon *Jacoby*, Das private Amt, S. 487, wenn er schreibt, dass alle zusätzlichen Akte bei der Bestellung, die über die herkömmliche Beschlussprozedur hinausgehen, „stets Legitimationsprobleme ergeben“.

[10] Deshalb trennte *v. Gierke*, Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, zu Recht schon früh zwischen der Willensbildung und der Willensausführung (S. 693) und betonte, dass die Willensausführung einer Einzelperson übertragen wird, welche den „hervorgebrachten Willensentschluss […] zu verwirklichen habe[n]“ (S. 696).

[11] Dies dürfte *Jacoby*, Das private Amt, S. 487 meinen, wenn er formuliert „… lässt das Gesetz die Bestellung durch Beschluss zu“ und damit zentral auf den Beschluss als Bestellungsakt abstellt und nicht auf selbständige Ausführungsakte.

[12] Richtig daher schon *Plander*, GmbHR 1968, 197.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Aktes[13] mit anschließender Mitteilung gegenüber der betroffenen Person und Annahme durch sie. Genauso verhält es sich mit dem Wortlaut des § 26 Abs. 1 Satz 1 WEG: „Über die Bestellung und Abberufung des Verwalters einer Wohnungseigentümergemeinschaft beschließen die Wohnungseigentümer".[14] Auch hier findet sich im Wortlaut kein Tatbestandsmerkmal, wonach der Bestellungs- oder Abberufungsbeschluss zu seiner Wirksamkeit zusätzlich mitgeteilt, zugegangen und angenommen sein muss.

Auch systematisch ist mit Blick auf die Überschriften der § 27 BGB, § 84 AktG und § 26 WEG zu sehen, dass in diesen Normen Bestellungen und Abberufungen konzentriert geregelt werden. Man darf also annehmen, dass alle Voraussetzungen für die Bestellung bzw. Abberufung des entsprechenden Organs dort zu finden sind. Weder in diesen Vorschriften noch systematisch in den dazu im Zusammenhang stehenden Regelungen ist jedoch ein Erfordernis zu finden, wonach der jeweilige Beschluss vor seiner Wirksamkeit erst noch mitgeteilt, zugegangen und angenommen sein muss.

Es scheint, als ob die gegenteilige Ansicht der h. M. zu sehr den Geschäftsführer- bzw. Vorstandsanstellungsvertrag vor Augen hat, der bei der Begründung oder Aufhebung zwei übereinstimmende Willenserklärungen und – ist die betroffene Person nicht anwesend – den Zugang der Willenserklärungen nach § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB voraussetzt.[15] Auch die Kündigungserklärung ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung und muss daher dem abwesenden Geschäftsführer bzw. Vorstand zugehen.[16] Dies alles betrifft jedoch die vertragliche Ebene und rechtfertigt nicht, bei der davon zu trennenden[17] Organstellung ebenfalls den Zugang des Be-

[13] *Plander*, GmbHR 1968, 197, 200. Auch wenn sich diese Formulierung heute in § 6 Abs. 3 GmbHG nicht mehr findet (und nur abstrakt auf die Bestimmungen des 3. Abschnitts verwiesen wird, wenn der Geschäftsführer nicht schon durch den Gesellschaftsvertrag bestellt wird), ist in der Kommentarliteratur noch heute der frühere Wortlaut von § 6 GmbHG anzufinden. So schreibt etwa *Teichmann*, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 46 Rn. 29, dass der Geschäftsführer „*durch* den Gesellschaftsvertrag oder einen Beschluss der Gesellschafter" bestellt wird (hier hervorgehoben).

[14] Die Regelung soll nach dem RegE vom 23.03.2020 zu einem WEMoG unverändert bleiben und nur um den Passus „mit Stimmenmehrheit" gekürzt werden, da die Wohnungseigentümerversammlung nach dem Konzept des RegE künftig grundsätzlich mit Stimmenmehrheit beschließen würde.

[15] So auch schon die Vermutung von *Feine*, Handbuch des gesamten Handelsrechts, 3. Band, 1929, S. 470. Bei *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 26 WEG Rn. 44 zeigt sich diese Vermischung in besonders deutlicher Weise, da er meint, dass „die Bestellung auf zwei korrespondierenden Willenserklärungen beruht". Zur Kritik an dieser Sichtweise siehe § 12 IV.

[16] *Wendtland*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 133 Rn. 14; *Einsele*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 130 Rn. 1.

[17] BGH Urt. v. 18.11.1968 – II ZR121/67, BB 1968, 107; *Plander*, GmbHR 1968, 197, 198; *Reufels*, Gestaltung von Arbeitsverträgen, 3. Aufl. 2015, § 2 Rn. 1; *Wicke*, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 47 Rn. 2; *Lenz*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 35 Rn. 13.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schlusses zu verlangen. Es ist *de lege lata* nicht ernsthaft daran zu zweifeln, dass Organstellung und Anstellungsverhältnis strikt zu trennen sind.[18] Das lässt sich etwa deutlich anhand von § 38 Abs. 1 GmbHG zeigen, der zunächst den Widerruf der Organstellung regelt und dann – präzise mit einem Nebensatz getrennt – auf etwaige Entschädigungsansprüche aus bestehenden Anstellungsverträgen verweist. Gleichfalls kann die Trennung von Organstellung und Anstellungsverhältnis mit § 84 Abs. 1 AktG gezeigt werden, der in den ersten vier Sätzen die Organstellung regelt und sodann im fünften Satz den Anstellungsvertrag. Ferner ist auch der fast wortgleiche § 27 Abs. 2 BGB für den Vereinsvorstand ein Beleg für die erforderliche Trennung zwischen Organstellung und Anstellungsverhältnis.[19] Schließlich wird beim Wohnungseigentumsverwalter zwischen Bestellung und Verwaltervertrag getrennt.[20]

Die Auffassung der herrschenden Meinung scheint auch nicht durchweg konsequent zu sein. Soll beispielsweise die Organstellung des Verwalters einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gegenüber dem Grundbuchamt nachgewiesen werden, wird hierzu allein eine öffentlich beglaubigte Urkunde über den Bestellungsbeschluss verlangt,[21] *nicht aber* eine öffentlich beglaubigte Urkunde über die *Mitteilung*, den *Zugang* und die *Annahme* durch den Verwalter. Dies zeigt, dass die herrschende Meinung bei Lichte betrachtet *den Bestellungsbeschluss* als zentral ansieht und nicht dessen Mitteilung, Zugang und Annahme durch den Verwalter.

Das alles spricht dafür, dass mit dem internen Akt der Willensbildung im jeweils zuständigen Kollektivorgan der entsprechende Beschluss konstituiert ist und die anschließende Mitteilung an das betroffene Organ lediglich die Ausführung der gefassten Beschlüsse betrifft.[22] Diese Unterscheidung zwischen Willensbildung und Willensausführung ist dem Körperschaftsrecht bekannt und bei Verbänden, die aus verschiedenen Organen bestehen, häufig ausdrücklich normiert. So hat etwa der Verwalter der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nach § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG die Beschlüsse der Wohnungseigentümerversammlung durchzuführen.[23]

---

[18] Zur Trennungstheorie etwa *Geiben*, in: jurisPraxisKommentar, 8. Aufl. 2017, § 26 Rn. 12. Ausdrücklich auch schon so im Wohnungseigentumsrecht, als die Gemeinschaft noch nicht als rechtsfähig anerkannt wurde, *Drasdo*, NZM 2001, 923, 926. Heute umfassend etwa *Jennißen*, in: Jennißen/Schmidt, Der WEG-Verwalter, 2. Aufl. 2010, A Rn. 65 ff., 84 und im gleichen Werk *J.-H. Schmidt* in Rn. 200; *J.-H. Schmidt*, AnwZert MietR 16/2018, Anm. 2. Für eine Vermischung im Wohnungseigentumsrecht aber *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.05.2019, § 26 WEG Rn. 44 f.; *ders.*, ZWE 2020, 260, 262 f.

[19] Ebenso schon *Plander*, GmbHR 1968, 197, 198.

[20] Statt aller *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl. 2018, § 26 Rn. 119.

[21] Etwa *Jennißen*, in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 26 Rn. 19.

[22] Ähnlich *Slabschi*, Die sogenannte rechtsmißbräuchliche Anfechtungsklage, S. 51 („zu unterscheiden ist […] die Wirkung des Beschlusses von den Wirkungen der mit dem Beschluß geregelten Maßnahme"). Vgl. ferner *Plander*, GmbHR 1968, 197, 200, wenngleich dieser im Ergebnis die Mitteilung als konstitutives Merkmal einschätzt.

[23] Da das WEG nach dem WEMoG (RegE vom 23.03.2020) dem allgemeinen Verbandsrecht angeglichen werden soll (dazu *Skauradszun*, ZRP 2020, 34), bedürfte es dieser Regelung

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Wann ist eine Zustimmung zu einem Beschluss erforderlich?

Nach alldem überzeugt es mehr, dass die Organe *durch* den Beschluss bestellt bzw. abberufen werden und die Mitteilung bzw. der Zugang des Beschlusses keine konstitutiven Merkmale der Beschlussprozedur sind.[24] Fraglich bleibt damit nur, ob und wann der Betroffene diesem Beschluss zustimmen muss und wie ein etwaiges Zustimmungserfordernis rechtsgeschäftlich zu konstruieren ist. Nach der hier vorgeschlagenen Sichtweise ist grundsätzlich danach zu differenzieren, ob der Beschluss Pflichten *auferlegt*, wie im Falle der Bestellung, oder von Pflichten *entbindet* wie bei der Abberufung.

Bei der Abberufung bedarf es keiner Mitteilung und Zustimmung durch den Organwalter.[25] Der Abberufungsbeschluss entbindet den Organwalter von seinen Pflichten. Der Beschluss führt damit zu keiner Belastung. Soweit dem Organwalter künftig gegebenenfalls monetäre Vorteile entgehen, beruht dies auf dem Anstellungsverhältnis, nicht aber auf der Organstellung. Der Abberufungsbeschluss führt ferner unmittelbar[26] dazu, dass der Organwalter bestimmte Rechte nicht mehr ausüben kann. Er kann beispielsweise die Gemeinschaft bzw. den Verband nicht mehr vertreten, ist im Gegenzug aber etwa auch nicht mehr verpflichtet, die Bücher zu führen oder bestimmte Anträge, wie einen Eröffnungsantrag nach § 15a Abs. 1 InsO, zu stellen.

Gleichwohl sehen es der BGH[27] und Teile des Schrifttums[28] als erforderlich an, dass der Abberufungsbeschluss, bevor er Rechtswirkung entfalten könne, zunächst dem Organwalter mitgeteilt werde. Dessen Organstellung ende erst mit dem Zugang der Abberufungserklärung.

Dies überzeugt nicht. Sobald der Abberufungsbeschluss in der Versammlung verkündet und damit das Rechtsgeschäft zustande gekommen ist, ist der Ge-

---

nicht mehr. Der Verwalter wäre nach dem RegE vollwertiges Geschäftsführungs- und Vertretungsorgan.

[24] Übereinstimmend also mit *v. Thur*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, S. 515; *Waldecker*, Die eingetragene Genossenschaft, 1916, S. 212 f.; *Fischer*, Der Vorstand der Aktiengesellschaft, 1916, S. 213; *Feine*, Handbuch des gesamten Handelsrechts, 3. Band, 1929, S. 470.

[25] Siehe aber *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.05.2019, § 26 WEG Rn. 269, der die Wirksamkeit der Abberufung offenbar davon abhängig macht, dass dem Verwalter der Abberufungsbeschluss zugeht.

[26] *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 26 WEG Rn. 45.

[27] BGH, Urt. v. 20.06.2002 – V ZB 39/01, NJW 2002, 3240 (zum Wohnungseigentumsrecht).

[28] Für das Wohnungseigentumsrecht: *Suilmann*, Beschlussmängelverfahren, S. 170 ff.; *Suilmann*, ZWE 2000, 106; *Drasdo*, NZM 2001, 923, 929; *Becker*, ZWE 2002, 211, 212; *Geiben*, in: jurisPraxisKommentar, 8. Aufl. 2017, § 26 Rn. 39. Aus dem Gesellschaftsrecht *K. Schmidt*, in: Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 46 Rn. 79 ff. (auch die Abberufung bedürfe der Erklärung gegenüber dem Geschäftsführer); ebenso für den Einziehungsbeschluss im Gesellschaftsrecht *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 122.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schäftsführer bzw. das Vorstandsmitglied abberufen. Eine etwaige Kündigung des schuldrechtlichen Anstellungsverhältnisses müsste dem nicht anwesenden Geschäftsführer bzw. Vorstandsmitglied zugehen, nicht aber der Beschluss, denn dieser betrifft die Organebene. Es wäre ferner weder gewünscht noch begründbar, wenn der abzuberufende Geschäftsführer seiner Abberufung erst noch zustimmen müsste, mithin der Abberufungsbeschluss ohne diese Zustimmung noch keine Wirkung entfalten würde. Die Beschlussprozedur bleibt also bei einem Abberufungsbeschluss unverändert und wird nicht um die Merkmale der Mitteilung, des Zugangs und der Annahme erweitert.

Nur im Falle der Bestellung bleibt daher zu klären, ob das bestellte Organ dem Beschluss zustimmen, also etwa das zugedachte Amt annehmen muss. Einer solchen Zustimmung bedarf es tatsächlich, da mit der Übernahme des Amtes Pflichten einhergehen.[29] Genauso wenig wie es Verträge zu Lasten Dritter geben kann,[30] kann es Beschlüsse geben, die Dritten ohne deren Zustimmung Pflichten auferlegen.[31] Wäre eine Zustimmung und damit Annahme des Amtes nicht erforderlich, wäre es beispielsweise bei führungslosen Kapitalgesellschaften möglich, zur Besetzung des Geschäftsführeramtes – und damit zur Abwälzung zahlreicher Pflichten auf das Exekutivorgan[32] – einen beliebigen Dritten zu bestellen, der zur Amtsannahme gar nicht bereit wäre. Ohne eine erforderliche Amtsannahme wäre es ferner denkbar, dass bei einem Verein mehrere Vorstandsmitglieder neu bestellt werden sollen und dabei irrtümlich A statt B bestellt wird. Würde man nun annehmen, dass A der Bestellung nicht zustimmen müsse, wäre A mit der Verkündung des Beschlusses

[29] *Fischer*, Der Vorstand der Aktiengesellschaft, 1916, S. 213; *Plander*, GmbHR 1968, 197, 201; *Mansel,* in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 27 Rn. 1; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 46 Rn. 35; *U. Schneider/S. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 6 Rn. 91. Zu denken ist etwa an § 42 Abs. 2 BGB, §§ 40 ff. GmbHG und § 15a Abs. 1 InsO. Diesbezüglich schwer nachvollziehbar *Feine*, Handbuch des gesamten Handelsrechts, 3. Band, 1929, S. 470, der meint „die Bestellung zum Geschäftsführer legt ähnlich einer Bevollmächtigung an sich dem Organ keinerlei privatrechtliche Pflichten auf", weshalb es keiner „Annahme der Organschaft" bedürfe.

[30] Hiermit vergleicht *Plander*, GmbHR 1968, 197, 201 den Beschluss. Allgemein zur Unzulässigkeit von Verträgen zulasten Dritter *Hadding,* in: Soergel, BGB, 13. Aufl. 2009, § 328 BGB Rn. 118; *Schulze*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 328 Rn. 5. Die Unzulässigkeit von Beschlüssen zulasten Dritter wird hingegen hier noch nicht in das Zentrum der Betrachtung gestellt (siehe aber noch in § 12 IV.). Zur Unzulässigkeit von Beschlüssen der Wohnungseigentümer zulasten Dritter *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 71 (teils auch als Gesamtakt zu Lasten Dritter bezeichnet, so etwa von *Engelhardt*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 23 WEG Rn. 39). Jüngeres Beispiel aus dem Wohnungseigentumsrecht ist etwa BGH, Urt. v. 10.10.2014 – V ZR 315/13, NJW 2015, 549 (Verstoß gegen das Belastungsverbot).

[31] *Waldecker*, Die eingetragene Genossenschaft, 1916, S. 213. (Nur) diesbezüglich übereinstimmend mit *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 26 WEG Rn. 44, im Übrigen vgl. aber in § 12 IV.

[32] Siehe nur zu den Pflichten der Gesellschafter und Aufsichtsratsmitglieder, nach § 15a Abs. 3 InsO einen Eröffnungsantrag stellen zu müssen, wenn die Gesellschaft führungslos ist. Das gilt nicht mehr, wenn ein organschaftlicher Vertreter vorhanden ist; dann obliegt diesem die Pflicht, § 15a Abs. 1 InsO.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bestelltes Mitglied des Vorstands. Auch hier wäre es aber nicht gewünscht, dass dem A sogleich die Pflichten eines Vorstandsmitglieds obliegen.

Die Bestellung setzt also die Zustimmung durch den Bestellten voraus.[33] Ohne diese Zustimmung kann einer anderen Person eine Pflicht nicht wirksam auferlegt werden. Damit ist zwingend verbunden, dass die zu bestellende Person von dem Willen des Kollektivorgans Kenntnis erhält. Der Versammlungsleiter, der vorrangig für die Beschlussprozedur zuständig ist, wird im Regelfall einer Pflicht unterliegen, die bestellte Person von dem Willen des Kollektivorgans in Kenntnis zu setzen. Ob die bestellte Person sodann ihre Zustimmung vorher (dann als Einwilligung nach § 183 BGB) oder nachträglich (dann als Genehmigung nach § 184 BGB) erteilt, ist zweitrangig, wie die nachfolgend vorgeschlagene Konstruktion zeigen soll.

3. Konstruktionsvorschlag: Eingeschränkte Beschlusskompetenz und Beschlussfassung unter aufschiebender Bedingung

Das Zustimmungserfordernis bei einem Beschluss, mit dem wie beim Bestellungsbeschluss Pflichten auferlegt werden, kann am überzeugendsten so in die Beschlussprozedur integriert werden, dass die *Beschlusskompetenz* dergestalt *eingeschränkt* ist, dass die Organwalter den Beschluss nur aufschiebend bedingt fassen können. Die Beschlussfassung steht grundsätzlich unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung des Kandidaten zu den aufzuerlegenden Pflichten, also etwa seiner Bestellung.[34]

a) Eingeschränkte Beschlusskompetenz

In § 5 III. wurde herausgearbeitet, dass der Beschluss als Rechtsgeschäft – anders als der Vertrag – nur dann zur Verfügung steht, wenn für den konkreten Beschlussgegenstand eine Beschlusskompetenz besteht. Die Organwalter des Kollektivorgans – etwa die Wohnungseigentümerversammlung, die GmbH-Gesellschafterversammlung oder der Aufsichtsrat – verfügen für einen Beschluss, mit dem Pflichten auferlegt werden, aber nur in der Weise über eine Beschlusskompetenz, als dass der Beschluss unter der aufschiebenden Bedingung der Zustimmung des Be-

[33] *Waldecker*, Die eingetragene Genossenschaft, 1916, S. 213; *Jacoby*, Das private Amt, S. 484 f. (Amtswalter muss das Amt ausführen wollen); *J.-H. Schmidt*, in: Jennißen/Schmidt, Der WEG-Verwalter, 2. Aufl. 2010, A Rn. 66; *Trölitzsch*, in: Oppenländer/Trölitzsch, 2. Aufl. 2011, § 11 Rn. 7.

[34] Teils ähnlich, teils anders zu *Jacoby*, Das private Amt, S. 485 f.: Das Einverständnis wird von ihm ähnlich wie hier als „Rechtsbedingung" verstanden (S. 485), allerdings nicht im Sinne von § 158 Abs. 1 BGB, sondern als zweites Rechtsgeschäft (S. 486: „Annahme als Hilfsgeschäft" und S. 488). Anders auch *Plander*, GmbHR 1968, 197, 202, der der Mitteilung der Bestellung gegenüber dem Organwalter eine „konstitutive Wirkung" beimisst. Stimmiger ist es, die Zustimmung des Kandidaten als Bedingung zu verstehen. Dann kommt nämlich der Beschluss in der Versammlung zustande – so, wie es der Vorstellung bei diesem Rechtsgeschäft entspricht.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

troffenen gefasst wird. Anders formuliert verfügen die Organwalter über keine Beschlusskompetenz, wenn sie den Beschluss *unbedingt* fassen, da ihnen grundsätzlich die Kompetenz fehlt, einer Person Pflichten durch Beschluss aufzuerlegen, ohne dass diese Person dem Beschluss zustimmt.

b) Zustimmung nur ohne Änderungen

Diese Zustimmung ist binärer Natur: Entweder stimmt die Person zu oder sie lehnt ab. Stimmt sie unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen zu, treten die Rechtswirkungen des Beschlusses nicht ein. Die Begründung findet sich nicht schon in § 150 Abs. 2 BGB, da diese Regelung auf das System von Angebot und Annahme gemünzt ist. Beim Beschluss setzt aber der Versammlungsleiter des Kollektivorgans das Rechtsgeschäft mit der Beschlussverkündung in die Welt. Die Zustimmung bezieht sich dann auf die Wirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts. Ein anderes Rechtsgeschäft steht nicht zur Disposition. Hinzukommt, dass das Amt, welches durch einen Bestellungsbeschluss übertragen werden soll, kraft Gesetzes mit Rechten und Pflichten verbunden ist und daher der Kandidat den gesetzlichen Kanon an Rechten und Pflichten nicht individualisieren kann. Bestellt etwa die GmbH-Gesellschafterversammlung aufschiebend bedingt einen Kandidaten zum Geschäftsführer und nimmt dieser die Bestellung mit der Maßgabe an, dass die Buchführungspflichten abweichend von § 41 GmbHG nicht ihm, sondern der Gesellschafterversammlung obliegen und eine etwaige Insolvenzantragspflicht nach § 15a Abs. 1 Satz 1 InsO nicht ihn, sondern die Gesellschafterversammlung trifft, tritt die Bedingung nicht ein, sodass die Rechtswirkungen des Beschlusses nicht entstehen.

c) Rechtswirkungen des Beschlusses aufschiebend bedingt

Die Lösung liegt also weder nur auf Ebene der Beschlusskompetenz, da damit alleine nicht zu lösen wäre, dass das Rechtsgeschäft mit der Beschlussverkündung zustande kommt,[35] allerdings vor dem Bedingungseintritt noch keine Rechtswirkungen entfalten kann, noch liegt die Lösung allein bei der aufschiebenden Bedingung, da dies suggerieren würde, dass die Organwalter die Bestellung auch *unbedingt* vornehmen könnten. Diese Rechtsmacht haben die Organwalter jedoch nicht. Nur die Kombination beider Erkenntnisse – die Beschlusskompetenz ist bei Bestellungsbeschlüssen eingeschränkt und die Beschlussfassung ist grundsätzlich aufschiebend bedingt – vermag die Dogmatik derjenigen Beschlüsse zu erklären, die Personen Pflichten auferlegen.

Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, so tritt die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung ein (§ 158 Abs. 1 BGB). Auf den Beschluss bezogen bedeutet dies, dass

[35] Zur Verkündung des Beschlusses als finalisierendes Tatbestandsmerkmal siehe § 4 VI. 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bis zum Eintritt dieser Bedingung der Beschluss mit der Verkündung als Rechtsgeschäft zwar entstanden,[36] ausweislich § 158 Abs. 1 BGB aber – jenseits der internen Bindung der Organwalter an den entstandenen Beschluss[37] – noch keine Rechtswirkung entfaltet.[38] Das gewählte Organmitglied hat es in der Hand, die Wahl anzunehmen und damit die Bedingung eintreten zu lassen. Es handelt sich bei der Bestellung von *Dritten* dann nicht um eine sog. Potestativbedingung[39], da das gewählte Organ nicht Partei des Rechtsgeschäfts „Beschluss" ist, sondern um eine Zufallsbedingung, da ein nicht am Rechtsgeschäft Beteiligter die Wahl annehmen muss.[40]

Das Besondere an diesem Beschluss ist damit, dass ausnahmsweise Rechtsgeschäft und Rechtswirkung auseinanderfallen können und ggf. nicht gleichzeitig eintreten.[41] Die Bestellung eines Dritten zum Organwalter stellt dabei grundsätzlich ein mehr oder weniger hohes Risiko dar, da die Person der Bestellung nicht zustimmen könnte, das Amt also nicht annimmt. So ist beispielsweise denkbar, dass ein Bestellungsbeschluss „nur gerade so" eine einfache Mehrheit erreicht, der bestellte Organwalter aber diese Legitimationsgrundlage für zu schwach erachtet und daher der Bestellung *nicht* zustimmt. Die Organwalter haben dieses grundsätzliche Risiko erkannt[42] – die bestellte Person nimmt das Amt nicht an – und haben daher die Rechtswirkung unter eine aufschiebende Bedingung gestellt.

---

[36] „vollendet", *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 158 Rn. 7 und *Reymann*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 158 BGB Rn. 21; *Rövekamp*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 158 Rn. 21 (Rechtsgeschäft tatbestandlich vollendet).

[37] Siehe zur Begründung und zu Nachweisen oben in § 10 II. 5.

[38] Zumindest in allgemeiner Form *Leipold,* BGB I, 10. Aufl. 2019, § 29 Rn. 6; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 21 Rn. 10, 13; *Dörner*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 158 Rn. 7. Inhaltlich zwar ohne Konstruktion mit einer aufschiebenden Bedingung aber im Ergebnis wie hier: *Waldecker*, Die eingetragene Genossenschaft, 1916, S. 213: „Mit der Bestellung ist die Organträgerschaft begründet […] War der Bestellte nicht anwesend, dann entscheidet der Tag, an dem er seine Zustimmung abgibt, da erst dann die Bestellung rechtmäßig zu Stande gekommen ist" sowie *Fischer*, Der Vorstand der Aktiengesellschaft, 1916, S. 213: „Aber wenn er das Amt annimmt, ist dies nicht Annahme einer Offerte, die zwecks Abschluss eines Vertrages gestellt worden ist, sondern nur die Voraussetzung, unter der der einseitige Bestellungsakt wirksam wird"; *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 129; *Drasdo*, NZM 2001, 923, 928; *Rövekamp*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 158 Rn. 21 und 29. Im Übrigen zwar eine aufschiebende Bedingung ablehnend, im Ergebnis gleichwohl wie hier *U. Schneider/S. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 6 Rn. 91: „Die Bestellung wird aber erst wirksam, wenn das Beschlussergebnis gegenüber dem Bestellten erklärt ist und der Berufene sich zur Übernahme der Organstellung bereit erklärt hat".

[39] *Leipold,* BGB I, 10. Aufl. 2019, § 29 Rn. 2.

[40] Zu dieser Differenzierung *Wolf*, in: Soergel, BGB, 1999, vor § 158 Rn. 24 und *Bork*, in: Staudinger, BGB, 2015, Vorbemerkung zu §§ 158 – 163 Rn. 20.

[41] *Finkenauer*, in: Historisch-kritischer Kommentar BGB, 2003, § 158 Rn. 1.

[42] Vgl. *Finkenauer*, in: Historisch-kritischer Kommentar BGB, 2003, § 158 Rn. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ob diese Bedingung *ausdrücklich* in den Text des Beschlussantrags aufgenommen oder nur *schlüssig* gesetzt wird (etwa, weil sie den Organwaltern in der Versammlung als selbstverständlich erschien), ist nicht entscheidend. Beide Varianten sind möglich.[43] So ist in der Rechtsgeschäftslehre sowohl in Rechtsprechung als auch Lehre anerkannt, dass Bedingungen auch konkludent aufgenommen werden können.[44] Beispiele für ausdrückliche Bedingungen könnten sein: „X wird zum Mitglied des Vorstands bestellt. Diese Bestellung erfolgt aufschiebend bedingt auf die Annahme des Amtes durch X" oder „X wird mit Annahme des Amtes zum Mitglied des Vorstands bestellt". Wichtig ist nur noch einmal zu betonen, dass den Organwaltern die Beschlusskompetenz für einen *unbedingten* Beschluss fehlt, mit dem einer Person Pflichten auferlegt werden.

d) Aufschiebend bedingte Beschlüsse möglich

Ob *Beschlüsse* unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung gefasst werden können, ist jedoch umstritten. Viele Stimmen im Schrifttum lehnen die Konstruktion eines Beschlusses unter einer (aufschiebenden oder auflösenden) Bedingung ab, da eine Bedingung zu einer Rechtsunsicherheit führe.[45] Der BGH und die heute wohl herrschende Meinung halten es hingegen für möglich, Beschlüsse unter einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung zu fassen. Das gelte ausdrücklich auch für Beschlüsse über die Bestellung von Geschäftsleitern.[46]

---

[43] *Finkenauer*, in: Historisch-kritischer Kommentar BGB, 2003, § 158 Rn. 3; *Wolf*, in: Soergel, BGB, 1999, § 158 Rn. 2; *Bork*, in: Staudinger, BGB, 2015, Vorbemerkung zu §§ 158 – 163 Rn. 8.

[44] OLG Jena, Beschl. v. 09.01.2006 – 6 U 569/05, GmbHR 2006, 985, 986; *Bork*, in: Staudinger, BGB, 2015, Vorbemerkung zu §§ 158 – 163 Rn. 8. Ein Beispiel dafür, dass eine Bedingung auch „unausgesprochen" und durch „schlüssiges Verhalten" gesetzt werden kann, findet sich bei *Finkenauer*, in: Historisch-kritischer Kommentar BGB, 2003, § 158 Rn. 2.

[45] *Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 6 Rn. 29, in der 5. Aufl. 2013 bei Rn. 40 dann geändert (aufschiebende Bedingung ist wirksam); so ferner noch *Heyder*, in: Michalski, GmbHG, 1. Aufl. 2002, § 6 Rn. 83 (anders nun *Tebben* in der 3. Aufl. 2017 bei Rn. 42); *Marschner-Barner/Diekmann,* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 2. Aufl. 2003, § 42 Rn. 39; ebenso in der Vorauflage *Hommelhoff/Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 16. Aufl. 2004, § 6 Rn. 25 (*Kleindiek* ist nun aber in der 20. Aufl. 2020 wohl so zu verstehen, dass auflösende und aufschiebende Bedingungen zulässig sind, vgl. Rn. 41a f.); *U. Schneider/S. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 6 Rn. 74; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 6 Rn. 73 (Bestellungsbeschluss grds. bedingungsfeindlich).

[46] Für das Vereins- und Gesellschaftsrecht BGH, Urt. v. 24.10.2005 – II ZR 55/04, NJW-RR 2006, 182; OLG Jena, Beschl. v. 09.01.2006 – 6 U 569/05, GmbHR 2006, 985, 986; *Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 6 Rn. 40; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 6 Rn. 41b; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 47 Rn. 1; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 38 Rn. 85 (auflösende Bedingung); *Tebben*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 6 Rn. 42; *Reymann*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 158 BGB Rn. 18 und ausführlich in Rn. 131.6 etwa zur aufschiebend bedingten Bestellung eines GmbH-Geschäfts-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der letztgenannten Ansicht ist der Vorzug zu geben. Sie überzeugt gerade auch für Beschlüsse, die unter einer aufschiebenden Bedingung gefasst wurden.[47] Das ergibt sich aus Folgendem:

Im Grundsatz können im Privatrecht alle Rechtsgeschäfte von einer Bedingung abhängig gemacht werden, sofern nicht ausdrücklich eine gesetzliche Norm – wie etwa bei der Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB) oder der Eheschließung (§ 1311 Satz 2 BGB) – die Konstruktion einer Bedingung untersagt[48] oder ein einseitiges Gestaltungsrecht betroffen ist, das bedingungsfeindlich ist (vgl. etwa § 388 Satz 2 BGB für die Aufrechnungserklärung)[49]. Der Gesetzgeber hat sich im Grundsatz also für die Bedingungsfreundlichkeit und nicht für die Bedingungsfeindlichkeit von Rechtsgeschäften entschieden.[50] Deswegen formulierte die 1. Kommission in den Motiven „Es wird deshalb vom Entw. als eine der besonderen Hervorhebung nicht bedürfende Regel angesehen, daß jedem Rechtsgeschäfte eine Bedingung oder Zeitbestimmung beigefügt werden kann, soweit nicht ein Anderes bestimmt ist oder die Natur des Rechtsgeschäfts, wie zB. bei der Mahnung und Kündigung, von selbst entgegensteht“[51]. Da es für Beschlüsse eine solche Einschränkung nicht gibt,[52] können auch diese Rechtsgeschäfte von einer Bedingung abhängig gemacht werden.

Bedingungen werden rechtsgeschäftlich insbesondere dann benötigt, wenn von einem Beteiligten oder Dritten zunächst eine Entscheidung oder Handlung erforderlich ist.[53] Genau dies ist bei einem Beschluss, mit dem einer Person Pflichten übertragen werden, der Fall.

---

führers (in Rn. 135 dann aber kategorisch die aufschiebend bedingte Bestellung des WEG-Verwalters ablehnend). Für das Wohnungseigentumsrecht *Jennißen*, in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 26 Rn. 60 f.; *J.-H. Schmidt*, AnwZert MietR 16/2018, Anm. 2. In allgemeiner Form („alle Rechtsgeschäfte“) ferner *Wolf*, in: Soergel, BGB, 1999, vor § 158 Rn. 32; *Leipold,* BGB I, 10. Aufl. 2019, § 29 Rn. 12.

[47] Der BGH scheint im Urt. v. 24.10.2005 – II ZR 55/04, NJW-RR 2006, 182, 183 anzudeuten, dass er wohl auch für die Konstruktion unter einer aufschiebenden Bedingung so entscheiden würde. So versteht ihn auch *Mairock*, Recht aktuell 4/2006, 6 („Man kann aber annehmen, dass er der Literaturmeinung auch in diesem Punkt nicht folgt […] Sobald die aufschiebende Bedingung eintritt, würde die Organstellung des Geschäftsführers begründet“). Ausdrücklich nun auch bejahend für aufschiebende Bedingungen *Wolf*, in: Soergel, BGB, 1999, § 158 Rn. 37; *Schmidt-Leithoff*, in: Rowedder, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 6 Rn. 40; *Bork*, in: Staudinger, BGB, 2015, Vorbemerkung zu §§ 158 – 163 Rn. 36.

[48] *Rövekamp*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 158 Rn. 17; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 158 Rn. 12; *Dörner*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 158 Rn. 3.

[49] BGH, Urt. v. 24.10.2005 – II ZR 55/04, NJW-RR 2006, 184; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 158 Rn. 10; *Rövekamp*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 158 Rn. 18; *Westermann*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 158 Rn. 28.

[50] *Bork*, in: Staudinger, BGB, 2015, Vorbemerkung zu §§ 158 – 163 Rn. 34.

[51] *Mugdan*, Band I, S. 490.

[52] Exemplarisch für das Vereinsrecht *Reymann*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 158 BGB Rn. 130 („bedingungsfreundlich“).

[53] *Dörner*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 158 Rn. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Auch historisch entspricht es einer jahrhundertelangen Tradition, Rechtsgeschäfte unter aufschiebenden Bedingungen vorzunehmen. So kannte schon das römische Recht die aufschiebende Bedingung (*condicio suspensiva*).[54]

e) Beteiligte hinreichend geschützt

Fraglich bleibt damit, ob der Rechtsverkehr bei Beschlüssen, die unter einer Bedingung gefasst wurden, hinreichend geschützt ist. Die Bedingung selbst – etwa die Zustimmung zu dem Bestellungsbeschluss und damit Annahme des Amtes durch die bestellte Person – ist nämlich beispielsweise in den jeweiligen Registern nicht eintragungsfähig[55] und daher für den Rechtsverkehr schwer erkennbar.

Zum einen wird man jedoch die Anmeldung zum jeweiligen Register noch vor Eintritt der Bedingung als Pflichtverletzung ansehen können. Sofern schon ein vertragliches Schuldverhältnis vorhanden ist, kann dann dem Dritten ein Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB zustehen. Ggf. kommt auch der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB und unter Umständen auch ein (quasi-negatorischer) Beseitigungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB in Betracht. Mit diesen Ansprüchen kann sich der Dritte schützen.

Zum anderen würde sich der Verband selbst den Rechtsfolgen aussetzen, die auch sonst gelten, wenn unrichtige Eintragungen in den Registern bekannt gemacht werden. Ein unwissender Dritter, der auf den Inhalt des Registers vertraut, ist durch Vorschriften wie § 15 Abs. 3 HGB – der auch auf unrichtige Eintragungen anwendbar ist[56] – sowie durch die Grundsätze der Rechtsscheinhaftung[57] geschützt. Darüber hinaus ist zu sehen, dass gerade die hier vorgeschlagene Konstruktion einer aufschiebenden Bedingung besonderen Schutz vermittelt. Der Dritte, der die Bedingung eintreten lassen kann, bekommt vom Gesetzgeber mit § 160 Abs. 1 BGB einen Schadensersatzanspruch gegen denjenigen an die Hand, der während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden vereitelt oder beeinträchtigt.

Nach allem besteht die hier vorgeschlagene Lösung darin, dass die Organwalter für Beschlüsse, mit denen Personen Pflichten auferlegt werden, nur dann über eine Beschlusskompetenz verfügen, wenn sie den Beschluss unter einer zumindest konkludenten aufschiebenden Bedingung fassen. Die Rechtswirkungen des Beschlusses treten nur ein, wenn die betroffene Person dem Beschluss zustimmt.

---

[54] *Finkenauer*, in: Historisch-kritischer Kommentar, 2003, § 158 Rn. 5 und 6 (ursprünglich war die Bedingung auch stets aufschiebend); *Zimmermann*, The Law of Obligations, S. 718; *Bork*, in: Staudinger, BGB, 2015, Vorbemerkung zu §§ 158 – 163 Rn. 1; *Reymann*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 158 BGB Rn. 5.

[55] *Reymann*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 158 BGB Rn. 131.6; *U. Schneider/S. Schneider*, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 6 Rn. 74.

[56] *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 15 Rn. 18.

[57] Überblick etwa bei *Hopt*, in: Baumbach/Hopt, HGB, 39. Aufl. 2020, § 5 Rn. 9 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

4. Zwischenergebnis

Beschlüsse mit Bezügen zu anderen Organen entstehen gleichermaßen wie andere Beschlüsse. Die Beschlussprozedur ändert sich entgegen der herrschenden Meinung nicht. Insbesondere stellen die *Mitteilung* und der *Zugang* des Beschlusses beim betroffenen Organwalter *keine weiteren Tatbestandsmerkmale* des Beschlusses dar. Mit der Verkündung des Beschlusses ist das Rechtsgeschäft zustande gekommen.

Bei einem Beschluss, der einer Person Pflichten auferlegt, verfügen die Organwalter nur dann über eine Beschlusskompetenz, wenn sie den Beschluss aufschiebend bedingt um die Zustimmung der betroffenen Person fassen. Bis zum Eintritt dieser aufschiebenden Bedingung entfaltet der Beschluss keine Rechtswirkung. Ob diese Zustimmung als Einwilligung oder als Genehmigung erteilt wird (§§ 183, 184 BGB) ist nicht entscheidend. Es ist denkbar, dass der Dritte schon vor der Fassung des Beschlusses in die Übernahme von Rechten und Pflichten eingewilligt hat. Liegt die Zustimmung schon vor Fassung des Beschlusses vor, wird der Beschluss unbedingt gefasst, also ohne die Konstruktion einer aufschiebenden Bedingung. Der Beschluss entfaltet dann ab seiner Verkündung Rechtswirkung. Die vorherige Zustimmung wäre im Übrigen bis zur Beschlussfassung widerruflich (§ 183 Satz 1 BGB). Fassen die Organwalter hingegen einen Beschluss, der einer Person Pflichten auferlegt, unbedingt, fehlt ihnen die Beschlusskompetenz. Die Rechtsfolgen ergeben sich dann aus der für das jeweilige Kollektivorgan anwendbaren Beschlussfehlerlehre (vgl. § 16 I.).

Eine Zustimmung ist hingegen nicht erforderlich, wenn ein Organwalter, wie bei der Abberufung, von Pflichten *entbunden* wird. Es wäre nicht stimmig, auch den Abberufungsbeschluss unter eine aufschiebende Bedingung zu stellen. Andernfalls könnte das Organ, das über die Abberufung zu entscheiden hat, den Organwalter häufig nicht von seinen Rechten und Pflichten entbinden, da dieser nicht mehr erreichbar ist oder die Zustimmung verweigert und dann erst auf Abgabe der Zustimmung verklagt werden müsste.[58]

5. Exkurs: Das verbleibende Rätsel um die Einziehungsbeschlüsse im GmbH-Recht

Einziehungsbeschlüsse sind zwar keine Beschlüsse mit Bezug zu *anderen* Personen und damit nicht Schwerpunkt dieses Kapitels, sie betreffen aber Organwalter, bei denen die gleiche Fragestellung aufkommt, ob nämlich der Einziehungsbeschluss schon mit Verkündung in der Versammlung Rechtswirkung entfaltet oder aber die Beschlussprozedur verändert wird und diese Wirkungen daher erst später eintreten. Daher könnte eine entsprechende Untersuchung im Wege eines Exkurses gewinnbringend sein.

[58] Zur Vollstreckung dieser Zustimmungserklärung siehe dann § 894 ZPO.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Interessanterweise spielt nämlich die aufschiebende Bedingung beim Einziehungsbeschluss schon seit der grundlegenden Entscheidung des Reichsgerichts in RGZ 142, 286 eine besondere Rolle.[59] Darüber hinaus kann man ein Mitteilungsmerkmal, ähnlich den obigen Ausführungen, bis in die jüngste Rechtsprechung des BGH zu den Einziehungsbeschlüssen nachweisen.[60]

Der Hintergrund für diese Art Beschluss ist schnell skizziert: In Gesellschaften wie der GmbH kann im Laufe der Zeit ein Anlass aufkommen, einen Gesellschafter aus der Gesellschaft entfernen zu wollen.[61] Das rechtstechnische Mittel dafür kann die zwangsweise Einziehung des Geschäftsanteils sein,[62] die in § 34 GmbHG zwar nicht grundsätzlich geregelt ist, eine solche Regelung im Gesellschaftsvertrag aber ausweislich Abs. 1 zulässt. Die Einziehung muss, wurde sie zuvor im Gesellschaftsvertrag zugelassen, sodann nach § 46 Nr. 4 GmbHG beschlossen werden.[63] Da der Einziehungsbeschluss den Geschäftsanteil vernichten soll,[64] und damit die Beteiligung an der Gesellschaft verloren geht, ist zu klären, was der ausscheidende Gesellschafter wann als Abfindung erhält. Wie so oft in der Praxis entsteht dann – ist die Einziehung als solches nicht zu beanstanden – ein Folgestreit über die Abfindung. Da hier nicht nur Fragen der Unternehmensbewertung betroffen sind,[65] sondern auch Fragen der Kapitalerhaltung, die etwa in § 30 GmbHG einen besonderen Schutz erfährt, kann eine längere Unsicherheit entstehen, bis all diese Themen geklärt sind.

Vor diesem Hintergrund ist die jahrzehntelange Rechtsprechungslinie zu sehen, wonach ein Einziehungsbeschluss unter der aufschiebenden Bedingung stehen

---

[59] RG, Urt. v. 24.11.1933 – II 113/33, RGZ 142, 286, 290 („daß der Einziehungsbeschluß […], nur unter der gesetzlichen Bedingung rechtswirksam gefasst werden konnte und gefaßt ist, daß die Auskehrung des Entgelts unter Beachtung des § 30 Abs. 1, § 34 Abs. 3 GmbHG zu erfolgen habe […]"). Fortgeführt in BGH, Urt. v. 01.04.1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157; BGH, Beschl. v. 28.04.1997, DStR 1997, 1336.

[60] BGH, Urt. v. 24.01.2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236, NZG 2012, 259 (aus dem 1. Leitsatz: „… wird die Einziehung mit der Mitteilung des Beschlusses an den betroffenen Gesellschafter und nicht erst mit der Leistung der Abfindung wirksam"); BGH, Urt. v. 10.05.2016 – II ZR 342/14, NZG 2016, 742, Tz. 18 (dort in Form einer Gestaltungserklärung).

[61] *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 34 Rn. 1.

[62] Siehe zu Alternativen durch Kaduzierung (§§ 21 ff. GmbHG) oder durch Ausschließung etwa *Strohn*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2018, § 34 Rn. 104 ff.

[63] *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 34 Rn. 2; *Sosnitza*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J.Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 99 f.

[64] *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 34 Rn. 2; *Sosnitza*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J.Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 121.

[65] Im Grundsatz ist der Verkehrswert des vernichteten Geschäftsanteils zu zahlen, wozu meist zu dem Stichtag des Ausscheidens eine Unternehmensbewertung vorzunehmen ist. Diese wird regelmäßig nach einem Ertragswertverfahren erstellt, etwa auf Grundlage des IDW S1, wozu die künftig erzielbaren Erträge kapitalisiert und abgezinst werden. Überblick hierzu etwa bei *Sosnitza*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J.Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 34 Rn. 46 ff. Im Grundsatz sind freilich Abfindungsregelungen denkbar (und sinnvoll), um diese Folgeproblematik leichter in den Griff zu bekommen. Überblick über verbreitete Abfindungsklauseln etwa bei *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 34 Rn. 34 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sollte, dass die Abfindung aus dem Vermögen der Gesellschaft bezahlt werden kann, ohne die Grundsätze der Kapitalerhaltung zu verletzen, und ferner tatsächlich auch bezahlt wurde (Bedingungslehre).[66] Die Wirkung des Einziehungsbeschlusses sollte dabei erst dann *vollständig* eintreten, wenn der ausscheidende Gesellschafter seine Abfindung *vollständig* erhalten hat.[67]

Im Laufe der Jahre hat diese Bedingungslehre immer weiter an Zuspruch verloren, bis sich der BGH – wie zuvor schon mehrere erst- und zweitinstanzliche Gerichte[68] – 2012 von der Bedingungslehre verabschiedet hat und seitdem, verfeinert durch seine Entscheidung von 2016, vertritt, dass der Einziehungsbeschluss im Grundsatz sofort wirksam ist.[69]

Bis hierhin lassen sich schon zwei Erkenntnisse gewinnen: Zum einen ist deutlich geworden, dass auch bei Einziehungsbeschlüssen seit vielen Jahrzehnten anerkannt ist, dass Beschlüsse unter einer aufschiebenden Bedingung gefasst werden können.[70] Zum anderen scheint die jüngere Rechtsprechung des BGH und der Instanzengerichte zu den Einziehungsbeschlüssen auf der Linie des hier vorgestellten Systems zu liegen, wonach Beschlüsse mit ihrer Verkündung als Rechtsgeschäft entstehen. So ist in diesen Entscheidungen häufig zu lesen, dass der Gesellschafter „seine Gesellschafterstellung bereits durch den Beschluß verliert".[71]

Allerdings gehen die Gerichte im zweiten Atemzuge regelmäßig davon aus, dass der Einziehungsbeschluss dem betroffenen Gesellschafter mitgeteilt werden müsse und der Gesellschafter erst dann seine Gesellschafterstellung verliere.[72] Ist damit festzustellen, dass die Beschlussprozedur erneut erweitert und somit der Zeitpunkt der Wirksamkeit des Beschlusses nach hinten verschoben wird?

Dies ist nicht der Fall. Der Einziehungsbeschluss bekräftigt nach dem heute herrschenden Verständnis vielmehr die hier entwickelte Beschlussprozedur und zeigt deutlich, welche Rechtsgeschäfte im Innenverhältnis zu verorten und welche Rechtsakte *im Anschluss* daran im Außenverhältnis vorzunehmen sind. Bei Einziehungsbeschlüssen wird die Beschlussprozedur nämlich nicht verändert. Mit der

[66] RG, Urt. v. 24.11.1933 – II ZR 113/33, RGZ 142, 286, 290; BGH, Urt. v. 01.04.1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157; BGH, Beschl. v. 28.04.1997, DStR 1997, 1336.

[67] Vgl. *Schindler*, in: BeckOK GmbHG, 41. Ed. 01.11.2019, § 34 Rn. 54.

[68] KG, Urt. v. 06.02.2006 – 23 U 206/04, NZG 2006, 437; OLG Hamm, Urt. v. 07.10.1992 – 8 U 75/92, GmbHR 1993, 746; LG Köln, Beschl. v. 20.12.2004 – 82 O 98/04, RNotZ 2005, 242, 243.

[69] BGH, Urt. v. 24.01.2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236, NZG 2012, 259; BGH, Urt. v. 10.05.2016 – II ZR 342/14, NZG 2016, 742.

[70] RG, Urt. v. 24.11.1933 – II ZR 113/33, RGZ 142, 286, 290; BGH, Urt. v. 01.04.1953 – II ZR 235/52, BGHZ 9, 157; BGH, Beschl. v. 28.04.1997, DStR 1997, 1336. Für den Ausschluss durch Auflösungsklage soll es bei der Bedingungslehre bleiben, BGH, Urt. v. 10.05.2016 – II ZR 342/14, NZG 2016, 742, Tz. 24.

[71] So etwa der 4. Leitsatz in OLG Hamm, Urt. v. 07.10.1992 – 8 U 75/92, GmbHR 1993, 746.

[72] BGH, Urt. v. 24.01.2012, BGHZ 192, 236, NZG 2012, 259; BGH, Urt. v. 10.05.2016, NZG 2016, 742; LG Köln, Beschl. v. 20.12.2004 – 82 O 98/04, RNotZ 2005, 242, 243.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verkündung ist der Beschluss gefasst und das Rechtsgeschäft damit wirksam begründet. Da bei der Einziehung – genauso wie bei der Abberufung – bei der betroffenen Person keine Pflichten hinzukommen, bedarf es auch keiner Zustimmung durch den betroffenen Gesellschafter. Diese Zustimmung hat der Gesellschafter vielmehr schon in abstrakter Form erteilt, als er seine Willenserklärung zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages abgegeben hat.[73]

Allerdings betrifft der Einziehungsbeschluss nur das Innenverhältnis und damit die Willensbildung zu der Frage, ob ein bestimmter Gesellschafter die Gesellschaft verlassen muss oder nicht. Da das Gesellschaftsrecht u. a. besonderes Schuldrecht ist[74] und mit der Einziehung das Dauerschuldverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem betroffenen Gesellschafter beendet werden muss, ist es richtig, dass die Gesellschaft gegenüber dem betroffenen Gesellschafter eine Gestaltungserklärung[75] abgeben muss, mit der das Schuldverhältnis beendet wird. Es handelt sich um eine Willenserklärung[76] im Außenverhältnis. Der besondere Erkenntnisgewinn in diesem Exkurs liegt also darin, dass der Einziehungsbeschluss, neben dem Abberufungsbeschluss, das zweite Beispiel ist, an dem gezeigt werden kann, dass die Beschlussprozedur auch in diesen Sonderfällen beibehalten werden kann und bei bestimmten Fällen wie der Einziehung *neben dem Rechtsgeschäft im Innenverhältnis* noch eine *Willenserklärung im Außenverhältnis* notwendig ist, um bestimmte Rechtsfolgen zu erreichen. Mit dieser Erkenntnis soll nun die These vom hybriden Rechtsgeschäft untersucht werden, die genau diese Trennung zwischen Innen- und Außenverhältnis aufgeben und den Beschluss im Innenverhältnis mit der Willenserklärung im Außenverhältnis als einen Rechtsakt begreifen will.

IV. Beschlüsse zugunsten oder zulasten Dritter (These vom hybriden Rechtsgeschäft)

Von besonderem Interesse ist die Frage, ob Beschlüsse unmittelbar zugunsten oder zulasten Dritter denkbar sind. Neben den oben behandelten Beschlüssen, mit denen eine Rechtsposition geschaffen oder beendet wird, also etwa ein Dritter durch einen Bestellungsbeschluss zum Mitglied eines Organs wird, sind diejenigen Beschlüsse bekannt, mit denen die Gemeinschaft bzw. der Verband über den Abschluss einer schuldrechtlichen Beziehung mit der bestellten Person entscheidet. Das kann etwa beim bestellten Verwalter einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer relevant werden, der zahlreiche Details, insbesondere seine Vergütung, in einem

[73] Überzeugend *Schindler*, in: BeckOK GmbHG, 41. Ed. 01.11.2019, § 34 Rn. 57.

[74] Siehe nur die Verortung des GbR-Rechts im 2. Buch des BGB über das Recht der Schuldverhältnisse und exemplarisch *Grunewald*, Gesellschaftsrecht, 10. Aufl. 2017, Einführung Rn. 2.

[75] In BGH, Urt. v. 10.05.2016 – II ZR 342/14, NZG 2016, 742, Tz. 18 spricht der *Senat* zutreffend von einer Gestaltungserklärung.

[76] BGH, Urt. v. 10.05.2016 – II ZR 342/14, NZG 2016, 742, Tz. 18.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verwaltervertrag geregelt haben möchte,[77] aber auch beim Geschäftsführer einer GmbH, der die gleichen Dinge in dem entsprechenden Geschäftsführeranstellungsvertrag geregelt haben will. Ferner stellt sich bei Entlastungsbeschlüssen, etwa zugunsten von Vorstandsmitgliedern einer AG oder Geschäftsführern einer GmbH, die Frage, ob solche Beschlüsse unmittelbar rechtsgeschäftlich zugunsten Dritter wirken können. Stimmen die Wohnungseigentümer, Gesellschafter oder Aufsichtsratsmitglieder nämlich über derartige Beschlussgegenstände ab, ist zu klären, ob diese Beschlüsse zugleich die Willenserklärung auf Abschluss derartiger Verträge im Außenverhältnis darstellen. Darüber hinaus ist zu klären, ob der Beschluss im Falle einer Rückforderung bereicherungsrechtlich einen Rechtsgrund im Sinne von § 812 Abs. 1 Satz 1 Alternative 1 BGB darstellen kann.

Auch das negative Szenario kann relevant werden. Beschlüsse können womöglich auch zulasten Dritter in Betracht kommen. Unter Umständen kann etwa das zuständige Organ durch Beschluss in ein bestehendes Schuldverhältnis zwischen dem Organmitglied und der Gemeinschaft bzw. dem Verband eingreifen. Prominentes Beispiel dafür ist § 87 Abs. 2 AktG. Verschlechtert sich hiernach die Lage der Aktiengesellschaft nach der Festsetzung der Bezüge der Vorstandsmitglieder so, dass die Weitergewährung der Bezüge nach § 87 Abs. 1 AktG unbillig für die Gesellschaft wäre, so soll der Aufsichtsrat oder notfalls das Gericht auf Antrag des Aufsichtsrates die Bezüge auf die angemessene Höhe herabsetzen. Aus dem Umkehrschluss zu § 87 Abs. 2 Satz 3 AktG wird deutlich, dass der Beschluss unmittelbar – und zulasten des Vorstandsmitglieds – in den bestehenden Anstellungsvertrag eingreift, im Übrigen aber unberührt bleibt. Daher stellt sich die Frage, ob Beschlüsse zulasten Dritter grundsätzlich oder nur im Falle einer gesetzgeberischen Kodifizierung möglich sind.

1. Beschlüsse zugunsten Dritter

Die Rechtsfigur des Beschlusses zugunsten Dritter wird gemeinhin in der Lehrbuch- und Kommentarliteratur zum Bürgerlichen Recht und insbesondere zur Rechtsgeschäftslehre kaum untersucht. Monographien hierzu sind nicht bekannt geworden. Ganz vereinzelt wurde die Idee vor einiger Zeit einmal von Drasdo in einem Aufsatz angesprochen. Hinsichtlich der Beschlüsse zugunsten der WEG-Verwalter hatte Drasdo die Frage zwar offengelassen, im Allgemeinen jedoch Beschlüsse zugunsten Dritter als zulässig eingeschätzt.[78] Im jüngeren (wohnungseigentumsrechtlichen) Schrifttum haben sich Abramenko und Greiner mit Beschlüssen zugunsten Dritter befasst und solche bei der Entlastung oder Ermächtigung Dritter für möglich gehalten.

[77] Dazu aus jüngerer Zeit *Zschieschack*, ZMR 2018, 159.

[78] *Drasdo*, NZM 2001, 923, 926: „Mangelt es an einer Regelung in der Gemeinschaftsordnung, so stellt sich die Frage, ob die Wohnungseigentümer durch Beschlussfassung zu Gunsten des Verwalters eine anderweitige Regelung treffen können. Dabei kann die Frage, ob ein Beschluss der Wohnungseigentümer gegenüber dem Verwalter Rechtswirkungen entfalten kann, offenbleiben. Denn durch einen solchen Beschluss würde er begünstigt".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Betreffend die nach einem Bestellungsbeschluss regelmäßig anschließenden Anstellungsverträge haben sie den Vorschlag unterbreitet, den Bestellungsbeschluss *zugleich* als Willenserklärung im Außenverhältnis auf Abschluss des Vertrags zu verstehen. Der Beschluss sei damit mehr als eine rein interne Willensbildung. Er sei vielmehr zugleich ein Rechtsakt im Außenverhältnis, der zum Abschluss des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts der Gemeinschaft bzw. des Verbands mit dem Organwalter führe.[79] Deren Ansatz wird hier als These vom hybriden Rechtsgeschäft bezeichnet, da *ein und derselbe Rechtsakt* zugleich Beschluss *und* Willenserklärung sein, also eine gemischte, zwitterhafte, eben hybride Rechtsnatur aufweisen soll.

Der Beschluss des Organs enthalte nach Greiner *uno actu* die Willenserklärung des Verbands auf Abschluss von Verträgen wie den Anstellungsverträgen.[80] Die Bestellung sei daher als Rechtsgeschäft zu verstehen, das aus zwei korrespondierenden Willenserklärungen bestehe.[81] Da das Organ den Bestellungsbeschluss gefasst habe, entspreche es dem Willen des Organs, den Bestellten auch schuldrechtlich anzustellen. Dieser Organwille sei dem Verband zuzurechnen.[82] Da der Wille der Versammlung dem Willen des Verbandes entspreche, könne die Versammlung die Willenserklärung auch selbst abgeben und sei nicht etwa auf andere Vertretungsorgane angewiesen.[83]

Einen gewissen Zuspruch erhalten Abramenko und Greiner aus jüngeren Entscheidungen des BGH, der etwa bei einer Ermächtigung oder Genehmigung dem zugrunde liegenden Beschluss eine Außenwirkung zugesprochen hat.[84] Ob es sich, wie von Abramenko angenommen,[85] insgesamt um die (im Wohnungseigentumsrecht) herrschende Meinung handelt, sich gar aus den beiden Entscheidungen des *V. Senats* ein allgemeines Prinzip herleiten lässt, darf aber bezweifelt werden.[86] Im Einzelnen:

---

[79] *Abramenko*, ZWE 2013, 395; *Greiner*, ZWE 2016, 297, 298; *ders.,* in: BeckOGK, Stand 01.12.2018, § 26 WEG Rn. 44: „Wie jeder Vertrag beruht auch die Bestellung auf zwei korrespondierenden Willenserklärungen: Angebot und Annahme" sowie in der Fassung vom 01.05.2018 noch die Aussage „Rechtlich setzt die Bestellung übereinstimmende Willenserklärungen (Angebot und Annahme) des Bestellers (Verband) und des Bestellten (Organ) voraus"; *ders.*, ZWE 2020, 260, 262 (besonders deutlich S. 263 mit der Annahme, dass die Wohnungseigentümerversammlung ein Vertragsangebot durch Beschlussfassung im Innenverhältnis annehmen könne).

[80] *Greiner*, ZWE 2016, 297, 298; *ders.*, in: BeckOGK, Stand 01.05.2019, § 26 WEG Rn. 45.

[81] *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 26 WEG Rn. 44.

[82] *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 26 WEG Rn. 45.2.

[83] *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 26 WEG Rn. 45.3.

[84] BGH, Urt. v. 30.11.2012 – V ZR 234/11, NJW-RR 2013, 335; BGH, Beschl. v. 11.10.2012 – V ZB 2/12, NJW 2013, 299.

[85] *Abramenko*, ZWE 2013, 395, 396.

[86] Zutreffend ist, die Trennungstheorie als herrschend zu bezeichnen, so etwa *Drasdo*, NZM 2001, 923, 926; *Jennißen*, in: Jennißen/Schmidt, Der WEG-Verwalter, 2. Aufl. 2010, A Rn. 65 ff., 84 und im gleichen Werk *J.-H. Schmidt* in Rn. 200; *Geiben*, in: jurisPraxisKom-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

a) Zweifel an der These vom hybriden Rechtsgeschäft

Abramenkos und Greiners Verdienst ist es sicherlich, eine Reihe von Ungereimtheiten herausgearbeitet zu haben, die Beschlüsse mit Bezug zu anderen Personen aufweisen. In der Tat gelingt es noch nicht stets widerspruchsfrei, interne Willensbildung im Organ und Umsetzung in Form eines Anstellungsvertrags miteinander in Einklang zu bringen. So bezeichnen sie es zu Recht als ungereimt, wenn die Versammlung auf der einen Seite keine Willenserklärung abgeben können soll, auf der anderen Seite jedoch einen ihrer Organwalter zur Abgabe einer Willenserklärung im Außenverhältnis bevollmächtigen kann, da diese Bevollmächtigung tatsächlich wiederum eine Willenserklärung darstellt.[87] Man wird Greiner auch beizupflichten haben, dass der BGH andernorts geäußert hat, dass die Versammlung nach außen wirksame Willenserklärungen abgeben könne, etwa, wenn das Vertretungsorgan vollmachtlos eine Kündigung ausgesprochen hat und die Versammlung später diese Kündigung genehmigt.[88] Ferner ist nichts gegen den Befund von Greiner einzuwenden, dass in der Praxis nach dem Bestellungsbeschluss häufig nur noch entschieden wird, wer von Seiten der Organwalter den Anstellungsvertrag unterzeichnet, nicht jedoch beschlossen wird, dass der Unterzeichner ausdrücklich zur Abgabe der Willenserklärung bevollmächtigt wird.[89] Schließlich zeigen Abramenko und Greiner am Beispiel der Entlastungsbeschlüsse, dass diese im Innenverhältnis gefassten Beschlüsse eine – noch näher zu untersuchende – Wirkung zugunsten Dritter haben dürften.

Man wird allerdings auch sagen müssen, dass die These Abramenkos und Greiners, ein und derselbe Rechtsakt könne zugleich Beschluss und Willenserklärung sein und die These Greiners, der Bestellungsbeschluss bestehe aus zwei korrespondierenden Willenserklärungen und sei damit hybrides Rechtsgeschäft zwischen innerer Willensbildung (Beschluss) und äußerer Willensumsetzung (Vertrag), die Rechtsgeschäftslehre gehörig durcheinanderbringen und daher von ihrer Konstruktion her nicht zu überzeugen vermögen.[90] Wer den Thesen von Abramenko und Greiner folgen wollte, würde

erstens in der Rechtsgeschäftslehre die Unterscheidung zwischen Rechtsgeschäften und Willenserklärungen aufgeben,

---

mentar, 8. Aufl. 2017, § 26 Rn. 12; *Zschieschack*, ZMR 2018, 159, 162; *J.-H. Schmidt*, AnwZert MietR 16/2018, Anm. 2.

[87] *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.05.2018, § 26 WEG Rn. 47.3 („Die dogmatische Konstruktion der hM ist auch im Übrigen ungereimt". In den Fassungen ab dem 01.12.2018 ist dieser Satz entfallen. *Greiner* hält aber an seiner Auffassung fest, vgl. Stand 01.04.2020 Rn. 45.4 f.). Zur Vollmachtserteilung als Willenserklärung etwa *Schubert*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 167 Rn. 7.

[88] *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 26 WEG Rn. 45.3 mit zutreffendem Hinweis auf BGH, Urt. v. 30.11.2012 – V ZR 234/11, NZM 2013, 195.

[89] *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.04.2020, § 26 WEG Rn. 45.4.

[90] Ablehnend auch *Jacoby*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 26 WEG Rn. 153; *Zschieschack*, ZMR 2018, 159, 162.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zweitens die Trennung zwischen Verträgen und Beschlüssen über Bord werfen und

drittens die Trennung zwischen der Willensbildung im Innenverhältnis und der Ausführung durch ein Exekutivorgan im Außenverhältnis aufgeben. All dies würde der Vorstellung des Gesetzgebers widersprechen, was sich im Einzelnen wie folgt zeigen lässt:

Der Gesetzgeber hat im 1. Buch des BGB den Abschnitt 3 mit „Rechtsgeschäfte" überschrieben, sodann den Titel 2 den Willenserklärungen und den Titel 3 den Verträgen gewidmet. Augenscheinlich hat er damit zwischen Rechtsgeschäften und Willenserklärungen getrennt. Da die Titel-Ebene der Abschnitts-Ebene untergeordnet ist, versteht der Gesetzgeber offenbar und zu Recht die Willenserklärungen als Baustein der Rechtsgeschäfte. Diese Unterscheidung und dieses Hierarchieverhältnis entspricht auch der allgemeinen Meinung in der Rechtsgeschäftslehre.[91] Die Aufhebung dieser Trennung würde damit dem Allgemeinen Teil des BGB widersprechen. Abramenko und Greiner könnten womöglich argumentieren, dass dieses Argument auf Beschlüsse keine Anwendung finde, da Beschlüsse im Allgemeinen Teil des BGB nicht ausdrücklich geregelt sind. Letzteres ist zwar richtig, gleichwohl würde man dem entgegenhalten müssen, dass das BGB an keiner Stelle eine Regelung enthält, wonach ein Rechtsakt zugleich Willenserklärung und Vertrag ist. Entweder liegt eine Willenserklärung vor, oder – auf Grundlage von zumindest zwei übereinstimmenden Willenserklärungen[92] – ein Vertrag.[93] Nur wenn Abramenko und Greiner zeigen könnten, dass es in der Rechtsgeschäftslehre grundsätzlich möglich ist, dass ein und derselbe Rechtsakt zugleich Beschluss im Innenverhältnis und

[91] *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 28: „Sie (die Willenserklärung) ist aber nicht mit dem Rechtsgeschäft identisch". Es ist allerding zuzugeben, dass noch in den Materialien zum BGB (vgl. *Mugdan*, Band I, S. 421 zum Vierten Abschnitt über die „Rechtsgeschäfte") der sauberen Trennung zwischen Rechtsgeschäft und Willenserklärung kaum Beachtung geschenkt wird. Denn „die Ausdrücke Willenserklärung und Rechtsgeschäft sind der Regel nach als gleichbedeutend gebraucht. Der erstere ist namentlich da gewählt, wo die Willensäußerung als solche im Vordergrund steht oder wo zugleich der Fall getroffen werden soll, daß eine Willenserklärung nur als ein Bestandtheil eines rechtsgeschäftlichen Thatbestandes in Frage kommt". Hier wäre es besser gewesen, die Willenserklärungen als kleinsten Baustein eines Rechtsgeschäfts von letzterem zu trennen und – nicht einmal begrifflich – gleichzusetzen.

[92] Statt aller *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 9.

[93] Allerdings werden häufig die Begriffe Rechtsgeschäft und Willenserklärung gleichgesetzt, was *Leipold*, BGB I, 10. Aufl. 2019, § 10 Rn. 6 zu Recht bemängelt. Beide Begriffe sind aber „genau auseinander zu halten" (a.a.O.). Insbesondere die Unterscheidung von einseitigem Rechtsgeschäft und Willenserklärung ist dabei nicht einfach. So wird immer wieder angenommen, dass Gestaltungsrechte wie die Kündigungserklärung und die Anfechtungserklärung (unzweifelhaft Willenserklärungen, da hier ein privater Wille geäußert wird, der unmittelbar auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist) zugleich einseitiges Rechtsgeschäft seien. Welchen Mehrwert es haben soll, dass Willenserklärungen wie die Kündigungserklärung und die Anfechtungserklärung zugleich Rechtsgeschäft sein sollen, kann kaum erklärt werden (das vermisst man etwa auch bei *Leipold*, a.a.O. Rn. 7 oder *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 31).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Willenserklärung im Außenverhältnis sein kann, wäre der These näher zu treten.[94] Eine solche Vermischung, Zwitterstellung und hybride Konstruktion ist der Rechtsgeschäftslehre jedoch fremd – aus gutem Grund. Auch im Bereich der Verträge ist kein Rechtsgeschäft bekannt, welches Vertrag und Willenserklärung in einem ist.[95]

Aufgrund der unterschiedlichen Wege zum Vertrag bzw. zum Beschluss, insbesondere der gänzlich unterschiedlichen Abgabe der Willenserklärungen, würde ferner eine Vermischung beider Rechtsgeschäftstypen den jeweiligen Eigenarten nicht gerecht werden. *De lege lata* wird im Privatrecht zwischen Verträgen und Beschlüssen unterschieden, sodass ein und dasselbe Rechtsgeschäft nicht zugleich Beschluss und Willenserklärung auf Abschluss eines Vertrages sein kann.

Würde man wie Abramenko und Greiner die Trennung zwischen innerer Willensbildung und Ausführung im Außenverhältnis aufheben, würde man das Verbandsrecht in seinen Grundsätzen hinterfragen, welches sich gerade dadurch auszeichnet, dass verschiedenen Organen unterschiedliche Aufgaben zukommen, wie es Organe für die innere Willensbildung gibt und solche für die Umsetzung dieses Willens im Außenverhältnis. Beschlüsse werden regelmäßig für ein Kollektivorgan gefasst, das innerhalb der Organisationsstruktur des Verbands oder der Gemeinschaft häufig nicht für die Vertretung im Außenverhältnis befugt ist. So könnte die Gesellschafterversammlung der GmbH, nur weil diese einen Beschluss fasst, im Regelfall die GmbH nicht vertreten, weshalb für diese Aufgabe ein anderes Organ – nämlich die Geschäftsführung – berufen ist (§ 35 GmbHG). Auch der Aufsichtsrat könnte, jenseits des Sonderfalls des § 112 AktG, die Aktiengesellschaft nicht vertreten, was aber auch nicht Aufgabe dieses Kollektivorgans ist. In vielen Fällen können Kollektivorgane also über die Rechtspositionen, die im Außenverhältnis begründet oder beendet werden sollen, nicht disponieren. Deshalb wäre der von Abramenko und Greiner verfolgte Ansatz für viele Kollektivorgane unmöglich.

Ferner gelingt gerade durch die klare Unterscheidung zwischen Rechtsgeschäft und Willenserklärung die zielgenaue Zuordnung von Willensmängeln (dazu ausführlich schon in § 9) und deren Korrektur. Abramenko stellt selbst fest, dass ein mangelbehafteter Beschluss, dem er unmittelbare Außenwirkung zuspricht, ungelöste Probleme für das Außenverhältnis aufwerfen würde. So schlägt er vor, dass nach der erfolgreichen Anfechtung des Beschlusses im Innenverhältnis (im Wohnungseigentumsrecht also nach § 46 WEG) *zugleich* das Schuldverhältnis *im Außenverhältnis*, welches der Verband mit einem Dritten eingegangen ist, beseitigt sei.[96] Der Verband könne damit Schadensersatzansprüchen wie etwa aus § 122

[94] Soweit ersichtlich ist dieses Phänomen allein bei § 87 Abs. 2 AktG zu finden (siehe schon oben), wobei es sich hier um eine seltene Ausnahme handelt, die einer Normierung bedurfte.

[95] Aus diesen Gründen ist auch Vorsicht geboten, Willenserklärungen wie die Widerrufserklärung, Kündigungserklärung oder Anfechtungserklärung zugleich als Rechtsgeschäft zu bezeichnen (vgl. Fn. 91).

[96] *Abramenko*, ZWE 2013, 395, 396.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Abs. 1 BGB ausgesetzt sein. Zu Recht ist deshalb eingewandt worden, dass die Anerkennung des Beschlusses als Willenserklärung im Außenverhältnis heißen würde, die Mängellehre hinsichtlich der Willenserklärungen durch das Beschlussmängelrecht zu ersetzen.[97]

Hier zeigt sich mit aller Deutlichkeit, wie gefährlich es ist, ein Rechtsgeschäft im Innenverhältnis mit den Rechtsakten im Außenverhältnis gleichzusetzen. Die von Abramenko vorgeschlagene Vorgehensweise ließe sich auch mit vielen anderen Verbänden nicht vereinbaren und würde daher nicht zur Einheit der Rechtsordnung beitragen, sondern diese vielmehr spalten und das Wohnungseigentumsrecht unnötig als Sondermaterie mit eigenen Rechtskonstruktionen absondern. So geht der Gesetzgeber beispielsweise im GmbH-Recht davon aus, dass die Gesellschaft grundsätzlich durch die Geschäftsführer vertreten wird (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GmbHG)[98] und diese Vertretungsmacht gegenüber Dritten unbeschränkt ist (§ 37 Abs. 2 GmbHG). Hat die Gesellschafterversammlung mit einem Beschluss ein Thema im Innenverhältnis entschieden und der Geschäftsführer die Gesellschaft sodann im Außenverhältnis vertreten, bleibt das im Außenverhältnis abgeschlossene Rechtsgeschäft auch dann wirksam, wenn der im Innenverhältnis gefasste Beschluss wirksam angefochten wurde.[99] Abramenko hingegen würde dem Beschluss der Gesellschafterversammlung Außenwirkung zusprechen und würde nach erfolgreicher Anfechtung des Beschlusses auch das im Außenverhältnis zustande gekommene Rechtsgeschäft beseitigen.[100] Das würde den §§ 35 Abs. 1 Satz 1, 37 Abs. 2 GmbHG widersprechen und zu einer erheblichen Unsicherheit im Rechtsverkehr führen. Diese Unsicherheit ist insbesondere bei Handelsgesellschaften zu vermeiden und würde gegen die tragenden Prinzipien des Handelsrechts verstoßen, wonach die (Form-) Kaufleute einfach und schnell rechtssichere Rechtsgeschäfte eingehen können.[101] Im Aktienrecht wäre die Rechtslage nicht anders. Auch hier würde ein Geschäftsleitungsorgan die Aktiengesellschaft vertreten (§ 78 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die Vertretungsmacht des Vorstands wäre dabei im Außenverhältnis nicht beschränkbar (§ 82 Abs. 1 AktG). Beschließt die Hauptversammlung (etwa im Falle des § 119 Abs. 2 AktG, wonach sie ausnahmsweise auch über Fragen der Geschäftsführung entscheiden kann) oder der Aufsichtsrat (etwa im Falle des § 111 Abs. 4 Satz 2 AktG, wonach der Aufsichtsrat zu bestimmten Geschäften durch Beschluss seine Zu-

[97] *Jacoby*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 26 WEG Rn. 152.

[98] § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG sieht eine Vertretung durch die Gesellschafter nur im Falle der Führungslosigkeit und nur in Passivsituationen vor.

[99] Siehe etwa *Römermann,* in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, Anh. § 47 Rn. 230; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, Anh. § 47 Rn. 72; *Leinekugel,* in: BeckOK GmbHG, 41. Ed. 01.11.2019, Anhang Beschlussanfechtung § 47, Rn. 39.

[100] *Abramenko*, ZWE 2013, 395, 396.

[101] Siehe zu diesen handelsrechtlichen Prinzipien u. a. *Fischinger*, Handelsrecht, 2015, § 1 Rn. 14; *Lettl*, Handelsrecht, 4. Aufl. 2018, § 1 Rn. 17 ff.; *Brox/Henssler*, Handelsrecht, 22. Aufl. 2016, § 1 Rn. 10 ff.; *Weller/Prütting*, Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl. 2016, § 1 Rn. 18; *Wörlen/Kokemoor*, Handelsrecht, 13. Aufl. 2018, Rn. 4 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stimmung erteilen muss) ein Thema im Innenverhältnis und werden diese Beschlüsse später erfolgreich angefochten, bleibt das im Außenverhältnis abgeschlossene Rechtsgeschäft gleichwohl wirksam.[102] In den Fällen, in denen der Aufsichtsrat aufgrund § 112 AktG die Aktiengesellschaft im Außenverhältnis vertreten kann,[103] kann es zwar vorkommen, dass der zugrunde liegende Beschluss des Aufsichtsrats fehlerbehaftet ist, fehlerhafte Beschlüsse des Aufsichtsrats wären nach der Rechtsprechung des BGH[104] und der ganz überwiegenden Lehre[105] aber nicht anfechtbar, sondern allenfalls nichtig.[106] Selbst dann, wenn das zuständige Gericht die Nichtigkeit des Beschlusses rechtskräftig festgestellt haben sollte, sind damit nicht automatisch die vom Aufsichtsrat abgeschlossenen Rechtsgeschäfte im Außenverhältnis nichtig. Den Beschlüssen des Aufsichtsrats kommt eben im Regelfall nur eine Innenwirkung zu.[107]

Die Sache ließe sich bei Personenhandelsgesellschaften fortsetzen, die ebenfalls präzise zwischen der Beschlussfassung im Innenverhältnis und den Rechtsverhältnissen der Gesellschaft zu Dritten im Außenverhältnis unterscheiden. So ordnet der Gesetzgeber beispielsweise bei der offenen Handelsgesellschaft (und damit über § 161 Abs. 2 HGB auch bei der Kommanditgesellschaft) Fragen der Beschlussfassung dem 2. Titel zum Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander und damit dem Innenverhältnis zu, während er im 3. Teil die Vertretung der Gesellschaft im Außenverhältnis regelt und hier zum Schutz des Rechtsverkehrs ebenfalls Beschränkungen, die aus dem Innenverhältnis resultieren können, für unwirksam erklärt (§ 126 Abs. 2 HGB). Abramenkos These wäre damit für das Verbandsrecht nicht verallgemeinerungsfähig.

---

[102] In Bezug auf Beschlüsse der Hauptversammlung vgl. *Ehmann,* in: Grigoleit, AktG, 2013, § 248 Rn. 5; *Austmann,* in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 4, 4. Aufl. 2015, § 42 Rn. 125; *Dörr,* in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 248 Rn. 11; *Englisch,* in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 248 Rn. 13.

[103] Das ist möglich, wenn auch die Ausnahme BGH, Urt. v. 17.05.1993 – II ZR 89/92, NJW 1993, 2307, 2308.

[104] BGH, Urt. v. 17.05.1993 – II ZR 89/92, NJW 1993, 2307, 2309. Anders in der Vorinstanz noch OLG Hamburg, Urt. v. 06.03.1992 – 11 U 134/91, DStR 1992, 989.

[105] *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 108 Rn. 77 f.; *Hoffmann-Becking*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 4, 4. Aufl. 2015, § 33 Rn. 91; *Hüffer/Schäfer*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2016, § 243 Rn. 10; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 108 Rn. 25 ff. A. A. *Baums,* ZGR 1983, 300, 305 (Anfechtungsklage sei vorzugswürdig); *Rellermeyer,* ZGR 1993, 77, 101.

[106] Siehe aber schon die eingangs skizzierten jüngeren Entwicklungen auf dem 72. Deutschen Juristentag und die Vorschläge von *J. Koch*, 72. DTJ, Band I, F 96.

[107] *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 108 Rn. 77. Allerdings schließt BGH, Urt. v. 17.05.1993 – II ZR 89/92, NJW 1993, 2307, 2308 nicht aus, dass es auch Beschlüsse des Aufsichtsrats mit Außenwirkung gibt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Darüber hinaus ist nicht die Organstellung selbst das Rechtsgeschäft.[108] Es ist der Beschluss, mit dem ein Dritter zum Organwalter bestellt wird, der das Rechtsgeschäft darstellt. Die Organstellung ist sodann Rechtsfolge dieses Rechtsgeschäfts. Denn Rechtsgeschäft ist schließlich das, woran die Rechtsordnung den Eintritt des gewollten rechtlichen Erfolgs knüpft,[109] was hier bedeutet, dass ein Dritter zum Organwalter wird. Angebot und Annahme hingegen sind bei der Beschlussfassung gar nicht anzutreffen, sondern allenfalls beim Abschluss des Anstellungsvertrages zwischen dem Verband und dem Organwalter. Da bei der Beschlussfassung gleichgerichtete Willenserklärungen abgegeben werden, sind die §§ 145, 147 BGB hier nicht einschlägig.

Es ist nicht von der Hand zu weisen, dass in der Praxis nach der Willensbildung im Innenverhältnis Fehler bei der Bevollmächtigung eines Organwalters zur Abgabe der Willenserklärung auf Abschluss des Anstellungsvertrages im Außenverhältnis unterlaufen. Allerdings ist auch dies kein Argument für die Auffassung von Abramenko und Greiner. Vielmehr ist es Aufgabe der Lehre, auf die Unterschiede zwischen Innenverhältnis und Umsetzung im Außenverhältnis hinzuweisen und Aufgabe etwaiger Rechtsberater bei der praktischen Umsetzung zu unterstützen. Im Interesse beider Vertragsparteien – Verband und Organwalter – ist eine Person zu bevollmächtigen, die den Verband beim Abschluss des Anstellungsvertrages vertritt. Diese Bevollmächtigung nimmt dasjenige Organ vor, welches im Innenverhältnis für die Willensbildung zuständig ist. So bevollmächtigt die Wohnungseigentümerversammlung (§ 27 Abs. 3 Satz 3 WEG)[110] oder die GmbH-Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 8 GmbHG) einen ihrer Organwalter zur Vertretung des Verbands im Außenverhältnis. Der Bestellungsbeschluss selbst hat jedoch keine Rechtswirkung zugunsten Dritter.

Auch über den konkreten Anwendungsfall der Bestellungsbeschlüsse hinaus spricht die Rechtsgeschäftslehre des BGB gegen die Figur der Beschlüsse zugunsten Dritter. So lassen sich zunächst einmal historisch keine Anhaltspunkte dafür finden, dass die bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zum Vertrag zugunsten Dritter (heute nach §§ 328 ff. BGB) auch für den Beschluss zugunsten Dritter gedacht gewesen sein

[108] So aber noch *Greiner*, in: BeckOGK, Stand 01.05.2018, § 26 WEG Rn. 45 („Begrifflich bezeichnet „die Bestellung" sowohl den Vorgang, durch den eine Person die Organstellung erlangt, als auch das Ergebnis, die Organstellung als vollendetes Rechtsgeschäft". Dieser Satz wurde von *Greiner* ab der Fassung vom 01.12.2018 gestrichen. Da er jedoch an seiner Auffassung festhält (Stand 01.04.2020 Rn. 45 ff.), dürfte die Streichung eher auf eine Straffung seiner Kommentierung zurückzuführen sein. Diese ist zwischen beiden Fassungen rund 10 Seiten schlanker geworden.).

[109] *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 28.

[110] Mustergültig in § 9b Abs. 2 WEG-E (WEMoG, RegE S. 54) geregelt, wonach die Wohnungseigentümer über die Vertretung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gegenüber dem Verwalter beschließen. Die Wohnungseigentümerversammlung als Organ hat diesbezüglich eine Beschlusskompetenz (RegE S. 54).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sollen.[111] Daher überrascht es auch nicht, dass in der Lehre die Figur des Beschlusses zugunsten Dritter kaum Anklang gefunden hat.

Darüber hinaus unterscheidet sich die Konstruktion eines Vertrags zugunsten Dritter sehr vom Beschluss. So ist es das Wesensmerkmal eines Vertrags zugunsten Dritter nach § 328 Abs. 1 BGB, dass der Dritte gerade nicht Vertragspartner wird.[112] Der Dritte erhält lediglich das unmittelbare Recht, die versprochene Leistung zu fordern. Ein Beschluss zugunsten Dritter, mit dem der Dritte nicht nur Organwalter wird, sondern beim Anstellungsvertrag zugleich Vertragspartner des Verbands, würde hingegen dazu führen, dass der Dritte nicht nur das Recht erwirbt, die versprochene Leistung zu fordern, sondern direkter Vertragspartner wird. Wer also gleichwohl den Beschluss zugunsten Dritter für möglich halten wollte, wird sich jedenfalls nicht auf die Konzeption der §§ 328 ff. BGB stützen können.[113]

Ferner würde sich der Vertrag zugunsten Dritter nach § 328 BGB auch von der Rechtsfolge her vom Beschluss zugunsten Dritter unterscheiden. So führt der Vertrag zugunsten Dritter im Vollzugsverhältnis dazu, dass der Dritte die Leistung von dem Versprechenden fordern kann.[114] Da der Beschluss der inneren Willensbildung dient, sind weder die einzelnen Organwalter, der Versammlungsleiter noch das Kollektivorgan richtiger Verpflichteter. Ansprüche des Dritten richten sich typischerweise gegen die Gemeinschaft bzw. den Verband. Der Beschluss als innere Willensbildung ist damit grundsätzlich nicht darauf angelegt, Grundlage für das Leistungsverlangen eines Dritten gegen das Kollektivorgan, dessen einzelne Organwalter oder den Versammlungsleiter als Empfänger der Willenserklärungen zu sein.[115] Mangels vertraglicher Grundlage lässt sich das für den Vertrag zugunsten Dritter übliche Deckungs-, Valuta- und Vollzugsverhältnis beim Beschluss nicht konstruieren.

Im Übrigen dürften die meisten Beschlüsse mit Bezug zu Dritten nicht nur Rechte begründen, sondern auch Pflichten und wären damit regelmäßig zugleich ein Beschluss zulasten Dritter. Das Kapitel § 12 IV. 2. wird zeigen, dass der Beschluss zulasten Dritter erst recht nicht anerkannt werden kann.

Folglich bleibt festzuhalten, dass es die Figur des Beschlusses zugunsten Dritter auch in allgemeiner Form und damit über den eingangs erörterten Fall des Bestellungsbeschlusses hinaus nicht gibt.

---

[111] *Mugdan,* Band II, S. 147 (dort noch als „Versprechen der Leistung an Dritte“ bezeichnet).

[112] *Gottwald*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 328 Rn. 25; *Schulze*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 328 Rn. 3.

[113] Womöglich deshalb will *Drasdo,* NZM 2001, 923, 926 auch nur den „Rechtsgedanken der §§ 328 f. BGB“ heranziehen.

[114] *Zerres*, Bürgerliches Recht, 8. Aufl. 2016, § 3.6.

[115] Damit ähnlich zu *Jacoby*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 152.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Die Suche nach der überzeugenden Dogmatik für Entlastungs- und Genehmigungsbeschlüsse

Abramenko und Greiner versuchen ihre These durch den Verweis auf andere Beschlüsse, die vermeintlich direkte Rechtswirkungen zugunsten Dritter haben, zu stützen. Hierzu stellen sie insbesondere auf Entlastungsbeschlüsse ab. Mit dem Beschluss der Organwalter, ein Mitglied der Geschäftsleitung zu entlasten, erklären die Organwalter für gewöhnlich, dass die bisherige Tätigkeit als ordnungsgemäß gebilligt und daher für die Zukunft Vertrauen ausgesprochen wird.[116] Abramenko und Greiner versuchen folglich zu zeigen, dass ein Beschluss im Innenverhältnis zugleich Willenserklärung auf Abschluss eines Vertrages im Außenverhältnis sein könne. Ein solcher Vertrag sei etwa ein Erlassvertrag i. S. v. § 397 Abs. 1 BGB oder ein negatives Schuldanerkenntnis i. S. v. § 397 Abs. 2 BGB.

In der Tat bestehen seit Jahren erhebliche Schwierigkeiten, eine überzeugende Dogmatik für Entlastungsbeschlüsse zu entwickeln.[117] Schon 1978 wurden die mit der Entlastung verbundenen Rechtsfragen von K. Schmidt als „Gestrüpp ungeklärter Probleme“[118] beschrieben. Weder innerhalb eines Rechtsgebiets herrscht Einigkeit – so gehen etwa die Meinungen innerhalb des Gesellschaftsrechts weit auseinander – noch herrscht Einigkeit zwischen den Rechtsgebieten – das Wohnungseigentumsrecht sieht die Dogmatik der Entlastung etwa anders als das Gesellschaftsrecht. Ob die Argumentationsführung von Abramenko und Greiner ausgerechnet mit den umstrittenen Entlastungsbeschlüssen besonders glücklich ist, darf daher allein schon aufgrund der seit Jahrzehnten ungeklärten Dogmatik um die Entlastungsbeschlüsse bezweifelt werden.

Andererseits überrascht es dann auch nicht, dass sich Autoren finden lassen, die die These von Abramenko und Greiner stützen. So wird etwa im GmbH-Gesellschaftsrecht angenommen, dass der Entlastungsbeschluss „eine Art negatives Schuldanerkenntnis gemäß § 397 Abs. 2 BGB“[119] enthalte. Besonders deutlich klingt der hybride Ansatz bei Wicke an, der bei Entlastung und Generalbereinigung einen „Vertrag zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer auf der Grundlage eines Gesellschafterbeschlusses“[120] annimmt. Im Wohnungseigentumsrecht wird dem Entlastungsbeschluss gar nahezu einhellig zugleich die Wirkung eines Erlassvertrags

[116] BGH, Urt. v. 23.02.2018 – V ZR 101/16, Tz. 65, NJW 2018, 2550; *K. Schmidt*, ZGR 1978, 425, 426; *Drescher*, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, § 114 Rn. 44; *Bungert*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 4, 4. Aufl. 2015, § 35 Rn. 31; *Kubis*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2018, § 120 Rn. 14; *Altmeppen,* in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 46 Rn. 54.

[117] „Die Rechtsnatur der Entlastung ist äußerst umstritten“, *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 46 Rn. 261; „das Meinungsbild ist diffus“, *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 46 Rn. 137.

[118] *K. Schmidt*, ZGR 1978, 425.

[119] *Trölitzsch*, in: Oppenländer/Trölitzsch, GmbH-Geschäftsführung, 2. Aufl. 2011, § 12 Rn. 30.

[120] *Wicke*, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 46 Rn. 16.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nach § 397 Abs. 2 BGB oder eines negativen Schuldanerkenntnisses beigemessen.[121] Im Vereinsrecht wird von einem Verzicht auf sämtliche Schadensersatzansprüche gesprochen.[122]

Trotz alldem überzeugen diese Begründungsversuche nicht. Sie decken sich auch eher mit den in den „80er Jahren"[123] vertretenen Ansichten, werden heute teils als „überkommene Vorstellung"[124] bezeichnet und entsprechen nicht mehr der herrschenden Meinung im Kapital- und Personengesellschaftsrecht. Die ganz herrschende Meinung im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum ist heute der Auffassung, dass *allein der Beschluss* die Entlastungswirkung entfalte.[125] Die Entlastung sei also ein reiner Rechtsakt im *Innenverhältnis*,[126] *ohne* zugleich Willenserklärung im Außenverhältnis oder gar Vertrag mit dem Geschäftsleitungsmitglied zu sein.[127]

Innerhalb der herrschenden Meinung hält sich allerdings eine Auffassung beharrlich, wonach dem entlasteten Organwalter der Entlastungsbeschluss zur Kenntnis zu geben sei, da nur dann ein Vertrauen auf die Entlastung begründet werden könne.[128] Allermeist wird aber eine solche Mitteilung nicht für erforderlich

---

[121] *Jennißen,* Die Verwalterabrechnung nach dem WEG, 7. Aufl. 2013, Rn. 747; *Wolicki*, in: Bärmann/Seuß, Praxis des Wohnungseigentums, 7. Aufl. 2017, § 52 Rn. 24; *Becker*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 28 Rn. 198 und § 29 Rn. 117; *Munzig,* in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 29 Rn. 135; *Hügel,* in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 28 WEG Rn. 21. Beiläufig und daher ohne Diskussion aus der Rechtsprechung etwa BGH, Urt. v. 23.02.2018 – V ZR 101/16, Tz. 65, mit Einordnung als negatives Schuldanerkenntnis.

[122] *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 17 Rn. 63.

[123] *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 46 Rn. 137.

[124] *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 120 Rn. 4.

[125] Grundlegend *K. Schmidt*, ZGR 1978, 425. Zum Aktienrecht *Herrler*, in: Grigoleit, AktG, 2013, § 120, Rn. 2; *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 120, Rn. 24; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 120 Rn. 4 (die frühere h. M. als „überkommen" bezeichnend). Zum GmbH-Recht *Schindler,* in: BeckOK GmbHG, 41. Ed. 01.11.2019, § 46 Rn. 66.1 ff.; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 44 Rn. 58; ebenfalls so in der Vorauflage *Roth,* in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 46 Rn. 35; *Liebscher,* in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 46 Rn. 138. Zum Personenhandelsgesellschaftsrecht *Drescher,* in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, § 114 Rn. 45; *Rawert*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 114 Rn. 71; *Klimke,* in: BeckOK HGB, 27. Ed. 15.10.2019, § 114 Rn. 27.

[126] *K. Schmidt*, ZGR 1978, 425, 433 f.; *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 120 Rn. 24 „Im Aktienrecht bedarf es solcher Konstruktionen nicht, und auch im GmbH-Recht hat sich inzwischen eine rein gesellschaftsrechtliche Sichtweise durchgesetzt, die die Entlastung als einfachen Beschluss auffasst"; ähnlich, aber sehr knapp *Drescher,* in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, § 114 Rn. 45.

[127] *K. Schmidt*, ZGR 1978, 425, 434; *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 120 Rn. 24; *Drinhausen*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 120, Rn. 8: „einseitige organschaftliche Willenserklärung"; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 46 Rn. 58; ebenfalls so in der Vorauflage *Roth*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 46 Rn. 35.

[128] *Römermann,* in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 46 Rn. 276. Unklar, tendenziell aber wohl auch eine Mitteilung fordernd *Liebscher*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 46 Rn. 138.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gehalten.[129] Vielmehr genüge das wirksame Zustandekommen des Entlastungsbeschlusses.[130]

Die herrschende Meinung ist überzeugend, und zwar erstens nicht nur für gesellschaftsrechtliche, sondern für alle privatrechtlichen Kollektivorgane, bei denen eine Entlastung entschieden werden soll, und zweitens in der Weise, dass der Entlastungsbeschluss seine Wirkungen auch ohne Mitteilung gegenüber der entlasteten Person entfaltet. Auch bei Entlastungsbeschlüssen entpuppt sich der vermeintliche Sonderfall als etwas, das mit den oben herausgebildeten, allgemeinen Grundsätzen zum Beschluss gelöst werden kann. Das Augenmerk liegt nach alldem allein auf dem Beschluss als Rechtsgeschäft, der im Innenverhältnis gefasst wird und sodann aus sich heraus die Entlastungswirkung entfaltet. Es bedarf keines Ausführungsaktes im Außenverhältnis.[131] Dieser Ansatz hat den Vorteil, rechtsgebietsübergreifend anwendbar zu sein[132] und damit einer Zersplitterung der Ansichten bei den einzelnen Kollektivorganen entgegenzuwirken.

Anders als häufig behauptet, bedarf es keiner Einordnung des Entlastungsbeschlusses als Institut *sui generis.*[133] Es ist auch nicht so, dass der Entlastungsbeschluss nicht unter die allgemeinen Kategorien des BGB zu fassen sei.[134] Es handelt sich beim Entlastungsbeschluss vielmehr um einen gewöhnlichen Beschluss im Sinne der Rechtsgeschäftslehre. Warum der Verband nach einem solchen Beschluss den Organwalter nicht mehr mit Erfolg in Anspruch nehmen kann, liegt allein daran, dass etwaige Schadensersatzansprüche mit der Entlastung entfallen. Dieser Fortfall etwaiger Ansprüche ist die Rechtsfolge der Entlastung.[135] Der Organwalter, der trotz Entlastung in Anspruch genommen wird (was wegen § 46 Nr. 8 GmbHG zunächst eines weiteren Beschlusses bedarf[136]), könnte den Einwand des *venire contra factum proprium* entgegenhalten.[137] Beschlüsse dienen der Willensbildung. Mit dem Entlastungsbeschluss ist dieser Wille gebildet worden. Eine spätere Inanspruchnahme

[129] *Drinhausen*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 120 Rn. 8; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 120 Rn. 4.

[130] *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 120 Rn. 4.

[131] *K. Schmidt*, ZGR 1978, 425, 433, 442; *Herrler,* in: Grigoleit, AktG, 2013, § 119 Rn. 4.

[132] Für alle Gesellschaftsformen *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 120 Rn. 24.

[133] So aber *Herrler,* in: Grigoleit, AktG, 2013, § 120 Rn. 2; *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 120 Rn. 24; *Drinhausen*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 120 Rn. 8; *Schindler*, in: BeckOK GmbHG, 41. Ed. 01.11.2019, § 46 Rn. 66.1.

[134] Vgl. *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 46 Rn. 266.

[135] *K. Schmidt*, ZGR 1978, 425, 427.

[136] Eine materiell-rechtliche Voraussetzung erfolgreicher Inanspruchnahme, *K. Schmidt*, ZGR 1978, 425, 428.

[137] *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 120 Rn. 24; *Schindler*, in: BeckOK GmbHG, 41. Ed. 01.11.2019, § 46 Rn. 67.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

widerspricht dieser Willensbildung und setzt das Kollektivorgan in Widerspruch zu seiner getroffenen Entscheidung.[138]

Abschließend und rein vorsorglich ist klarzustellen, dass die hier vertretene Ansicht auch Gültigkeit für das Aktienrecht hat. Es bleibt dem Gesetzgeber aber unbenommen, einem Entlastungsbeschluss eine andere als die oben dargestellte zivilrechtliche Wirkung zuzusprechen und für aktienrechtliche Entlastungsbeschlüsse daher einen Sonderfall zu regeln. So hat der Entlastungsbeschluss der Hauptversammlung aufgrund der Regelung in § 120 Abs. 2 Satz 1 AktG kaum Aussagekraft, da „die Entlastung […] keinen Verzicht auf Ersatzansprüche enthält".[139] Im Duktus des hier vorgeschlagenen Verständnisses von den Entlastungsbeschlüssen wäre also eine Inanspruchnahme eines Vorstandsmitglieds durch den Aufsichtsrat auch dann nicht widersprüchlich, wenn die Hauptversammlung diesem Vorstandsmitglied zuvor Entlastung erteilt hat. Etwaige Ersatzansprüche würden mit der Verkündung des Entlastungsbeschlusses also nicht untergehen. Das Vorstandsmitglied könnte damit der Inanspruchnahme den Einwand des *venire contra factum proprium* nicht entgegenhalten.

2. Beschlüsse zulasten Dritter

Allein schon die Frage, ob es Beschlüsse zulasten Dritter geben kann, muss Misstrauen hervorrufen, da bei Verträgen heute anerkannt ist,[140] dass diese nicht zulasten Dritter abgeschlossen werden können. Schuldverhältnisse wirken im Grundsatz nur relativ (Relativität der Schuldverhältnisse[141]), also zwischen den Vertragsparteien, nicht aber zulasten Dritter. Soweit in der wohnungseigentumsrechtlichen Rechtsprechung und dem Schrifttum über Beschlüsse zulasten Dritter nachgedacht wurde, ist diese Rechtsfigur umgehend als unzulässig verworfen worden. So erwähnte etwa der BGH, dass Beschlüsse die zur Beschlussfassung berufenen Organwalter binden können, nicht aber deren Rechtsvorgänger. Diese seien Dritte und ein Beschluss zulasten Dritter sei unzulässig.[142] So denn die Rechtsfigur im Schrifttum angerissen wurde, ist sie gleichfalls abgelehnt worden.[143]

---

[138] *Rawert*, in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 114 Rn. 71.

[139] *Herrler*, in: Grigoleit, AktG, 2013, § 120, Rn. 2; *Hoffmann*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 120 Rn. 24; *Bungert*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 4, 4. Aufl. 2015, § 35 Rn. 31; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 120 Rn. 13.

[140] *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, Rn. 848; *Zerres*, Bürgerliches Recht, 8. Aufl. 2016, § 3.6.

[141] *Mansel*, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 241 Rn. 4.

[142] BGH, Beschl. v. 21.04.1988 – V ZB 10/87, BWNotZ 1988, 163, 164 a. E. Die Konstellation ist nicht mit § 10 Abs. 4 WEG zu verwechseln. Dort ist die Bindungswirkung eines Beschlusses gegenüber Dritten thematisiert, die später Rechtsnachfolger eines Organwalters werden. Ausführlich zur Bindungswirkung nach § 10 Abs. 4 WEG etwa *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 10 WEG Rn. 40 ff. und allgemein zur Bindungswirkung hier in § 6.

[143] *Drasdo*, NZM 2001, 923, 926.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das eingangs genannte Beispiel mit § 87 Abs. 2 AktG zeigt jedoch, dass der Rechtsordnung Beschlüsse zulasten Dritter nicht gänzlich unbekannt sind. Nachdem die aktienrechtliche Diskussion um und nach der Einführung des § 87 Abs. 2 AktG nachgelassen hat, lohnt sich die Untersuchung, ob sich aus § 87 Abs. 2 AktG ein allgemeines Prinzip ableiten lässt, wonach über diesen besonderen Fall hinaus Beschlüsse zulasten Dritter möglich sind. Immerhin handelt es sich hier um einen Beschluss, der in ähnlicher Form seit 1937 im Aktienrecht normiert ist.[144]

a) Der Ausgangspunkt in § 87 Abs. 2 AktG

Verschlechtert sich die Lage der Aktiengesellschaft nach der Festsetzung der Bezüge der Vorstandsmitglieder so, dass die Weitergewährung der Bezüge nach § 87 Abs. 1 AktG unbillig für die Gesellschaft wäre, so soll der Aufsichtsrat oder notfalls das Gericht auf Antrag des Aufsichtsrates die Bezüge auf die angemessene Höhe herabsetzen (§ 87 Abs. 2 Satz 1 AktG). Der Wille des Aufsichtsrats wird durch Beschluss gebildet, der sodann dem betroffenen Vorstandsmitglied in Vertretung der Aktiengesellschaft erklärt wird.[145]

Obgleich die Dogmatik dieser Vorschrift geradezu revolutionär ist, hat der Gesetzgeber von einer näheren Ausführung zur Dogmatik abgesehen.[146] Martens und Dauner-Lieb bezeichnen die Norm daher nicht ohne Grund als „dogmatisch frei schwebend“[147]. Es besteht aber heute Einigkeit, dass der Beschluss des Aufsichtsrats unmittelbar in den Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem Vorstandsmitglied eingreift,[148] nämlich zugunsten der Gesellschaft und zulasten des Vorstandsmitglieds. Rechtstechnisch müsse der Beschluss des Aufsichtsrats dem betroffenen Vorstandsmitglied mitgeteilt werden („Herabsetzungserklärung“[149]) und wirke dann

[144] Zur Historie von § 78 AktG 1937 und seiner „nationalsozialistisch gedachten Gemeinwohlidee“ *Keiser,* RdA 2010, 280, 282. Der Wortlaut von § 78 Abs. 2 AktG 1937 lautete: „Tritt nach der Festsetzung der Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder eine so wesentliche Verschlechterung in den Verhältnissen der Gesellschaft ein, dass die Weitergewährung der Bezüge eine schwere Unbilligkeit für die Gesellschaft sein würde, so ist der Aufsichtsrat zu einer angemessenen Herabsetzung berechtigt. Durch eine derartige Maßnahme wird der Anstellungsvertrag im Übrigen nicht berührt; jedes Vorstandsmitglied kann jedoch seinen Anstellungsvertrag für den Schluss des nächsten Kalendervierteljahres mit einer Kündigungsfrist von sechs Wochen kündigen“ (wiedergegeben in heutiger Schreibweise).

[145] BGH, Urt. v. 27.10.2015 – II ZR 296/14, NJW 2016, 1236.

[146] Vgl. Gesetzesbegründung VorstAG (BT-Drucks. 16/12278, S. 6 zu § 87 Abs. 2 AktG).

[147] *Martens,* in: FS Hüffer, 2010, 647, 652; *Dauner-Lieb,* NZG 2010, 688, 692.

[148] *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 87 Rn. 60; *Weber*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 87 Rn. 52; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 87 AktG Rn. 45.

[149] *Koch,* in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 87 Rn. 61.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nach herrschender Meinung in Rechtsprechung und Schrifttum als einseitiges Gestaltungsrecht des Aufsichtsrats.[150]

Die Legitimation für diesen Eingriff wird heute überwiegend darin gesehen, dass § 87 Abs. 2 AktG einen Sonderfall der Störung der Geschäftsgrundlage darstelle und damit auf dem allgemeinen Treu und Glauben-Grundsatz fuße.[151] Entgegen dem Grundsatz von *pacta sunt servanda* werde die Vertragsverbindlichkeit mithilfe eines Beschlusses durchbrochen.[152] Anders als für § 313 BGB bedürfe es dafür keiner schwerwiegenden Veränderung der Geschäftsgrundlage, weshalb die Hürde für den Beschluss nach § 87 Abs. 2 AktG sogar noch geringer sei.[153]

Dauner-Lieb und Rieble hingegen deuten § 87 Abs. 2 AktG als Sonderregelung zu § 315 BGB und damit als gesetzliches Leistungsbestimmungsrecht zur Herabsetzung der Bezüge.[154]

Mit Ausnahme der Vergütungsregelung kann durch den Beschluss nach § 87 Abs. 2 AktG allerdings keine Regelung des Vorstandsanstellungsvertrages geändert werden. Satz 3 regelt insoweit, dass der Beschluss im Übrigen keine Auswirkungen auf den Bestand des Anstellungsvertrages des betroffenen Vorstandsmitglieds hat.[155] § 87 Abs. 2 AktG ist damit eine „Hochpräzisionswaffe des Aufsichtsrats", die *eine* Regelung erfasst, alles „drum herum" jedoch unberührt lässt. Um eine „Waffe" handelt es sich deshalb, da der in § 87 Abs. 2 AktG ermöglichte Beschluss nur dann zum Einsatz kommen muss, wenn das Vorstandsmitglied zu einer einvernehmlichen Änderung des Anstellungsvertrags nicht bereit ist und daher die Vergütung zwangsweise nach unten gesetzt werden muss.

b) (Keine) Ableitung eines allgemeinen Prinzips aus § 87 Abs. 2 AktG

Fraglich ist nun, ob sich aus § 87 Abs. 2 AktG ein allgemeines Prinzip ableiten lässt, wonach Beschlüsse zulasten Dritter auch über den Fall des § 87 Abs. 2 AktG hinaus möglich sind. Soweit ersichtlich ist der in § 87 Abs. 2 AktG normierte Beschluss zulasten Dritter im deutschen Zivilrecht einzigartig. An keiner anderen Stelle wird der in § 87 Abs. 2 AktG zu findende Mechanismus eingesetzt. Anders als etwa

[150] BGH, Urt. v. 27.10.2015 – II ZR 296/14, NJW 2016, 1236; *Schwennicke*, in: Grigoleit, AktG, 2013, § 87 Rn. 40; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 87 Rn. 59; *Pusch/Daub,* in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 2016, § 87 Rn. 34; *Weber*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 87 Rn. 52.

[151] *Diller,* NZG 2009, 1006; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 87 Rn. 60; *Spindler*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 87 Rn. 166.

[152] *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 87 Rn. 60; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 87 AktG Rn. 45.

[153] Vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 87 Rn. 60; *Spindler*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 87 Rn. 166 („deutlich weiter gefasst").

[154] *Dauner-Lieb,* NZG 2010, 688, 692; *Rieble*, in: Staudinger, BGB, 2015, § 315 Rn. 218.

[155] *Schwennicke*, in: Grigoleit AktG, 2013, § 87 Rn. 48; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 87 AktG Rn. 44.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

von Weller angenommen, scheint es sich bei dem Sonderfall des § 87 Abs. 2 AktG nicht um ein „systemkohärentes Instrument“[156] zu handeln. Wenn ein gesetzlicher Mechanismus mit den grundlegenden Prinzipien der Rechtsgeschäftslehre kollidiert und kein weiteres Beispiel in einer Rechtsordnung existiert, liegt es näher, hier von einem „systemwidrigen Fremdkörper“ zu sprechen.[157]

Aufgrund dieser Eigenschaft als „Fremdkörper“ in der Rechtsgeschäftslehre bestehen auch Zweifel, § 87 Abs. 2 AktG als *lex specialis* zu § 313 BGB zu begreifen.[158] Die Eigenschaft einer Norm als *lex specialis* liegt typischerweise dann vor, wenn eine Norm auf allgemeine Mechanismen aufbaut, dann aber für besondere Sachverhalte eine speziellere Regelung trifft. § 87 Abs. 2 AktG kann für den besonderen Sachverhalt einer Krise der Gesellschaft bzw. den besonderen Sachverhalt eines Vorstandsanstellungsvertrages jedoch nicht auf allgemeinen Mechanismen zurückgreifen. Die Rechtsfolge von § 313 Abs. 1 BGB ist schließlich nicht, dass eine Vertragspartei einseitig unmittelbar in die Rechtsposition der anderen eingreifen kann, sondern nur einen Anspruch auf Anpassung hat, der – vorher tritt keine Rechtsänderung ein – erst einmal erfüllt werden muss. § 313 Abs. 1 BGB erlaubt insbesondere nicht, in die Rechtsposition eines Dritten einzugreifen, der nicht einmal Beteiligter des Rechtsgeschäfts ist. § 87 Abs. 2 AktG hingegen erlangt seine Fremdkörperstellung gerade dadurch, dass das Vorstandsmitglied Dritter im Sinne der Rechtsgeschäftslehre ist und an der Beschlussfassung des Aufsichtsrats – mithin an dem Rechtsgeschäft – nicht beteiligt ist. Sind Gesetzestechnik und Rechtsfolge damit nicht hinreichend vergleichbar (Anspruch versus Gestaltungsrecht[159] bzw. Rechtsfolge beim Vertragspartner versus Rechtsfolge bei einem Dritten), überzeugt es auch nicht, § 87 Abs. 2 AktG als *lex specialis* zu § 313 BGB zu begreifen. Die Systematisierung als *lex specialis* wäre beispielsweise nur überzeugend gewesen, wenn § 87 Abs. 2 AktG für den Fall der Krise der Aktiengesellschaft ebenfalls einen Anspruch auf Vertragsänderung vorgesehen hätte und etwa die Anspruchsvoraussetzungen höher oder tiefer als bei § 313 Abs. 1 BGB normiert gewesen wären.

§ 87 Abs. 2 AktG scheint, wie es Rieble – leider ohne Erklärung und insbesondere ohne Abgrenzung zur herrschenden Meinung – und Dauner-Lieb annehmen, weniger dem § 313 BGB als vielmehr den einseitigen Leistungsbestimmungsrechten der

[156] So aber *Weller,* NZG 2010, 7, 9.

[157] A. A. *Weller,* NZG 2010, 7, 9, der diesen Begriff verwendet. Wie hier *Dauner-Lieb,* NZG 2010, 688, 689 („Ausnahmecharakter“).

[158] Für das Verhältnis als *lex specialis* aber *Weller*, NZG 2010, 7, 8; *Kruse/Busold*, DStR 2017, 1608, 1610 (§ 87 Abs. 2 AktG konkretisiere den Grundsatz der Störung der Geschäftsgrundlage). Wie hier skeptisch hingegen *Kort*, NZG 2015, 369, 372 („nicht als gesetzlich geregelter Sonderfall der Störung der Geschäftsgrundlage angesehen“; „Es geht auch nicht an, § 87 II 1 AktG nF im Licht von § 313 BGB auszulegen oder in einen Kontakt mit § 313 BGB zu bringen“); *Dauner-Lieb*, NZG 2010, 688, 691: „bei genauerer Betrachtung überwiegen jedoch die Unterschiede die Gemeinsamkeiten“.

[159] Ähnlich vergleicht auch *Dauner-Lieb,* NZG 2010, 688, 691; *Kort*, NZG 2015, 369, 372. Dazu, dass § 87 Abs. 2 AktG als Gestaltungsrecht verstanden wird, BGH, Urt. v. 27.10.2015 – II ZR 296/14, NJW 2016, 1236.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§§ 315 ff. BGB zu ähneln.[160] § 315 BGB regelt die Bestimmung der Leistung durch *eine Partei* nach billigem Ermessen. Parteien des Vorstandsanstellungsvertrages sind die Aktiengesellschaft und das Vorstandsmitglied.[161] Bei § 87 Abs. 2 AktG darf eine Partei die Leistung einseitig bestimmen, nämlich die Aktiengesellschaft vertreten durch ihren Aufsichtsrat (§ 112 AktG). So vielversprechend der Vergleich mit § 315 BGB auch klingt, lässt sich trotz alldem nicht leugnen, dass für die einseitigen Leistungsbestimmungsrechte zum einen erst einmal eine vertragliche Grundlage vorhanden sein muss und zum anderen dem Gesetzgeber bei der Schaffung von § 315 BGB in der Rechtsgeschäftslehre allenfalls der Vertrag, nicht aber der Beschluss vor Augen war.[162] Denn die §§ 315 ff. BGB beziehen sich ausweislich des Wortlauts und der Systematik ausschließlich auf Verträge.

Dies alles zeigt, dass sich keine Norm aus der Rechtsgeschäftslehre finden lässt, die zumindest im Wesentlichen dem Mechanismus des § 87 Abs. 2 AktG ähnelt und § 87 Abs. 2 AktG somit nicht systemkohärent, sondern systemfremd einzuschätzen ist.[163]

Ob es rechtspolitisch ein nachvollziehbares Bedürfnis dafür gibt, mit dem Beschluss zulasten eines Dritten nach § 87 Abs. 2 AktG einen Fremdkörper in die Rechtsgeschäftslehre aufzunehmen, lässt sich noch schwerer beantworten. Mangels genauerer Gesetzesbegründung lässt sich nur aus der Gesamtschau ableiten, warum der Gesetzgeber rechtstechnisch einen Aufsichtsratsbeschluss gewählt hat, dem er die Rechtswirkung eines Gestaltungsrechts im Außenverhältnis zumisst. Aus Sicht der Rechtsgeschäftslehre hätte es eines solchen Mechanismus wohl kaum bedurft. An anderen Stellen hatte sich der Gesetzgeber dazu entschieden, derjenigen Seite, die eine Anpassung des Vertrages begehrt, in bestimmten Situationen einen Anspruch an die Hand zu geben. So sieht das § 313 Abs. 1 BGB vor, wenn sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten. Anstelle eines Gestaltungsrechts erhält der Vertragspartner einen gesetzlichen Anspruch, der auf Anpassung des Vertrages zielt. Dieser sonst übliche Mechanismus lässt sich aber auch anhand von § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG zeigen. Danach kann jeder Wohnungseigentümer eine Anpassung einer Vereinbarung verlangen, soweit ein Festhalten an der geltenden Regelung aus schwerwiegenden Gründen unter Berücksichtigung aller

[160] *Dauner-Lieb*, NZG 2010, 688, 692; *Rieble,* in: Staudinger, BGB, 2015, § 315 Rn. 219.

[161] Siehe hierzu u. a. *Fleischer,* in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 84 Rn. 24; *Weber,* in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 84 Rn. 34; *Spindler,* in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 84 Rn. 56.

[162] In den Materialien zum BGB wird bei den §§ 353 – 357 (heutige §§ 315 – 319) der Beschluss nicht thematisiert, vgl. *Mugdan*, Band II, Zweiter Abschnitt, Erster Titel: Gegenstand der Verträge, S. 105 ff.

[163] Wie hier *Dauner-Lieb,* NZG 2010, 688, 689 („Ausnahmecharakter").

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Rechte und Interessen der anderen Wohnungseigentümer, unbillig erscheint.[164]

Freilich müssen die Ansprüche nach § 313 Abs. 1 BGB, § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG geltend gemacht und notfalls durch eine Leistungsklage auf Zustimmung gerichtlich verfolgt werden.[165] Natürlich ist es nicht fernliegend, dass sich die andere Vertragspartei gegen diesen Anspruch verteidigt und die einzelnen Tatbestandsmerkmale anders würdigt. Vollstreckungsrechtlich wird der Anspruch, da er auf Abgabe einer Willenserklärung gerichtet ist, elegant vollstreckt, gilt doch die Willenserklärung mit Rechtskraft des Urteils als abgegeben (§ 894 ZPO).[166] Nachdem nicht bekannt ist, dass die Ansprüche aus § 313 Abs. 1 BGB bzw. § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG in der Rechtspraxis nicht durchsetzbar wären, kann nicht blindlings behauptet werden, dass dieser Weg für § 87 Abs. 2 AktG nicht möglich gewesen wäre. Aus Sicht der Rechtspraxis ist es aber zumindest nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber im Fall des § 87 Abs. 2 AktG dem Aufsichtsrat durch Beschluss einen Mechanismus an die Hand geben wollte, um relativ schnell in die Verträge der Vorstandsmitglieder eingreifen zu können. Der Gesetzgeber ging wohl davon aus, dass die Vorstandsmitglieder den Anspruch auf Herabsetzung der Vergütung regelmäßig nicht erfüllt hätten, und dass gerichtliche Verfahren bei dieser Personenkonstellation erhebliche Zeit in Anspruch genommen hätten – Zeit, die die Aktiengesellschaft in der wirtschaftlichen Krise nicht hat. Allerdings wird mit diesem Gedankengang, wonach bestimmte Anspruchsgegner erfahrungsgemäß „hartnäckiger" oder „unbequemer" sind, kaum ein dogmatisch stabiles Argument zu entwickeln sein. Denn dann müsste die Rechtsordnung für zahlreiche andere Situationen ebenfalls Beschlüsse zulasten Dritter vorsehen. Auch der Vermieter, ein Lieferant oder ein Betriebsratsmitglied kann sich als Anspruchsgegner hartnäckig oder unbequem erweisen. Gleichwohl könnte nicht ernsthaft vertreten werden, dass der Aufsichtsrat auch hier durch Beschluss in die zwischen der Aktiengesellschaft und dem Vermieter, Lieferanten oder Betriebsratsmitglied bestehenden Verträge zu deren Lasten eingreifen könnte. Es wird schnell deutlich, dass § 87 Abs. 2 AktG ein einzelner Fremdkörper bleiben muss und nicht um weitere Exoten angereichert werden sollte, um die grundlegenden Prinzipien der Rechtsgeschäftslehre nicht in Gefahr zu bringen.[167]

---

[164] Entgegen der vereinzelt gebliebenen Stimme von *Abramenko,* ZWE 2007, 336, 339 hat sich im Wohnungseigentumsrecht auch nicht etwa der Ansatz durchgesetzt, § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG über den Wortlaut hinaus auch auf Beschlüsse anzuwenden, BGH, Urt. v. 28.09.2012 – V ZR 251/11, NZM 2012, 835; *Elzer*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 21 Rn. 129; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 10 WEG Rn. 33. Die Regelung entspricht § 10 Abs. 2 WEG-E in der Fassung des RegE vom 23.03.2020 für ein WEMoG.

[165] So für den Fall des § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG BGH, Urt. v. 15.01.2010 – V ZR 114/09, ZWE 2010, 174, 176; *Suilmann*, ZWE 2016, 451, 452; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 10 WEG Rn. 27.

[166] *Elzer*, ZWE 2010, 251, 252; *Becker*, ZWE 2011, 172, 173; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 10 WEG Rn. 27.

[167] *Fleischer* spricht bei § 87 Abs. 2 AktG von „eine[r] beträchtliche[n] Aufweichung des Grundsatzes der Vertragsstabilität" (NZG 2009, 801, 804).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dass dieser Mechanismus bei der Umsetzung im Übrigen auch fehleranfällig ist, zeigen die zu § 87 Abs. 2 AktG mittlerweile ergangenen Urteile. So hatten die Gerichte zuletzt die Reichweite des Aufsichtsratsbeschlusses zu korrigieren, da durch Beschluss schließlich keine Herabsetzung der Bezüge des Vorstandsmitglieds erreicht werden kann, die weiter geht, als es der Billigkeit angesichts der Verschlechterung der Lage der Gesellschaft entspricht.[168] Was billig ist und was nicht, ist freilich schwer zu sagen. Das Risiko, § 87 Abs. 2 AktG ggf. zu extensiv zu nutzen, muss die Aktiengesellschaft tragen. Das folgt aus dem gesetzgeberischen Mechanismus, einen Beschluss zulasten Dritter zuzulassen.

Neben dem Aspekt, dass wohl kaum ein Bedürfnis für den besonderen Mechanismus des § 87 Abs. 2 AktG für andere Beschlüsse bestehen dürfte, hat die Erfahrung mit diesem Mechanismus gezeigt, dass er keinesfalls konfliktärmer wäre. Das gut beratene Vorstandsmitglied wird nämlich nicht nur sehr genau prüfen, ob die Voraussetzungen des § 87 Abs. 2 AktG vorlagen, sondern auch, ob der Aufsichtsrat die Herabsetzung der Vergütung *zu weitgehend* beschlossen hat. Aus § 87 Abs. 2 AktG lässt sich nach alldem kein allgemeines Prinzip ableiten, wonach es über den Sonderfall des § 87 Abs. 2 AktG hinaus Beschlüsse zulasten Dritter geben kann. Es handelt sich bei § 87 Abs. 2 AktG um einen exotischen Ausnahmefall, der nicht verallgemeinerungsfähig ist.

3. Zwischenergebnis

Beschlüsse zugunsten oder zulasten Dritter sind der Rechtsgeschäftslehre im Grundsatz fremd. § 87 Abs. 2 AktG durchbricht diese Grundsätze zwar in Form einer „Hochpräzisionswaffe" des Aufsichtsrats, um *punktuell* in einen Vertragsbestandteil eines Dritten eingreifen zu können, es handelt sich aber bei dieser Vorschrift um einen *nicht verallgemeinerungsfähigen* Mechanismus. Es ist dem Gesetzgeber jedoch unbenommen, den Organwaltern eine solche Beschlusskompetenz ausdrücklich einzuräumen und damit punktuell Beschlüsse zugunsten oder zulasten Dritter zuzulassen.

Bezeichnenderweise hat der Gesetzgeber in § 87 AktG für den Aufsichtsrat keinen Beschluss geregelt, mit dem die in der Krise herabgesetzte Vergütung nach Überwindung der wirtschaftlich verschlechterten Lage wieder *heraufgesetzt* werden kann. Womöglich hat sich der Gesetzgeber diesbezüglich wieder auf den Grundsatz zurückgezogen, dass der Beschluss als Rechtsgeschäft des Innenverhältnisses nicht zu Rechtsakten im Außenverhältnis führt. Aus Sicht der Rechtsgeschäftslehre ist es daher überzeugend, in § 87 AktG keinen Beschluss zugunsten des Vorstandsmitglieds aufzunehmen, der für *den Fall* einen einseitigen Eingriff ermöglicht, dass sich die Lage der Aktiengesellschaft wieder verbessert. Rechtspraktisch braucht es je-

[168] BGH, Urt. v. 27.10.2015 – II ZR 296/14, NJW 2016, 1236; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 25.05.2011 – 7 U 268/08, BeckRS 2011, 25637.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

doch nicht zu verwundern, dass Unsicherheiten bestehen, wie nun die Vergütung wieder angepasst werden kann.[169]

4. Exkurs: Beschlüsse als Rechtsgrund im Sinne des Bereicherungsrechts

Neben den Beschlüssen zugunsten oder zulasten *Dritter* sind in bestimmten Kollektivorganen Beschlüsse notwendig, die zugunsten oder zulasten der *eigenen Organwalter* wirken, wie etwa die Beschlüsse im Wohnungseigentumsrecht, die Wohnungseigentümern Leistungspflichten auferlegen. So wird beispielsweise der Wirtschaftsplan durch Beschluss verabschiedet (§ 28 Abs. 5 WEG[170]), der nach § 28 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 WEG die anteilmäßige Verpflichtung der Wohnungseigentümer zur Lasten- und Kostentragung und nach Nr. 3 die Beitragsleistung der Wohnungseigentümer zur vorgesehenen Instandhaltungsrückstellung enthält.

Diese besonderen Beschlüsse erlauben im Wege eines abschließenden Exkurses eine interessante Verknüpfung zwischen der Rechtsgeschäftslehre und dem Bereicherungsrecht als gesetzliches Schuldverhältnis. Wird ein solcher Beschluss gefasst und das Rechtsgeschäft damit in die Welt gesetzt, bildet es für die Zahlungen der Organwalter einen Rechtsgrund (*causa*). Der Beschluss kann damit nicht nur Willensbildung im Innenverhältnis sein, sondern auch als Rechtsgrund im Bereicherungsrecht eine besondere Rolle spielen. Denn sollte dieser Beschluss und damit der Rechtsgrund zu einem späteren Zeitpunkt wieder entfallen, drängt sich die Frage auf, ob der Organwalter seine Leistung nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB herausverlangen kann (*condictio indebiti*), oder aber diese Herausgabepflicht nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB besteht, wenn der Beschluss als rechtlicher Grund für das Behaltendürfen später wegfällt (*condictio ob causam finitam*).

In Rechtsprechung und Schrifttum scheint anerkannt zu sein, dass Beschlüsse einen Rechtsgrund im Sinne des Bereicherungsrechts bilden können.[171] Dies ist auch überzeugend. Rechtsgrund im Sinne von § 812 Abs. 1 BGB kann ein Kausalverhältnis, etwa ein Rechtsgeschäft sein.[172] Versteht man den Beschluss als Rechtsge-

[169] *Dauner-Lieb,* NZG 2010, 688, 689 meint, dass nach der Erholung der Gesellschaft die Vergütung mithilfe „der allgemeinen methodischen Auslegungsinstrumente zu ermitteln" ist. Sehr zweifelhaft ist, ob der Aufsichtsrat die Vergütung tatsächlich durch Beschluss „wieder auf das ursprüngliche Niveau anheben [kann] (gegebenenfalls schrittweise)", so aber *Diller*, NZG 2009, 1006, 1008.

[170] Nach dem WEMoG (RegE vom 23.03.2020) soll der Wirtschaftsplan künftig in § 28 Abs. 1 WEG-E geregelt werden. Die Vorschüsse zur Kostentragung und zu den Rücklagen werden durch Beschluss festgesetzt.

[171] Aus dem Wohnungseigentumsrecht OLG Hamm, Beschl. v. 25.03.2004 – 15 W 412/02, NZM 2005, 460, 461; LG Düsseldorf, Urt. v. 7.11.2013 – 19 S 77/12, ZWE 2014, 89; AG Neuss, Urt. v. 19.12.2012 – 91 C 3589/12, ZWE 2013, 422; *Schmid*, ZWE 2013, 391, 393 (dort auch zum Beschluss über Sonderumlagen); *M. Schwab*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 432.

[172] Überblick über den Rechtsgrundbegriff bei *M. Schwab*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 396 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schäft,[173] bestehen keine Bedenken, ihn als *causa* im Sinne des Bereicherungsrechts anzusehen.

Erheblich umstritten ist im Wohnungseigentumsrecht allerdings die Frage, ob der Beschluss als Rechtsgeschäft – wird er später im Wege der Anfechtungsklage für ungültig erklärt (§ 46 Abs. 1 WEG) – zu einer *condictio indebiti* oder einer *condictio ob causam finitam* führt. Bei den oben angesprochenen Zahlungen aufgrund eines beschlossenen Wirtschaftsplans wird in Rechtsprechung und Schrifttum häufig angenommen, dass auch bei einer rechtskräftigen Ungültigerklärung durch das Gericht die Leistung nicht von Anfang an rechtsgrundlos war, weshalb die *condictio indebiti* nicht einschlägig sei. Ein Herausgabeanspruch bestehe allenfalls nach der *condictio ob causam finitam*, wenn der Wirtschaftsplan und die Jahresabrechnung erneut beschlossen wurden und sich dann ein Guthaben für den Organwalter ergeben hat.[174]

Die Gegenauffassung erachtet ab der rechtskräftigen Ungültigerklärung des Beschlusses den Rechtsgrund als von Anfang an entfallen, weshalb geleistete Zahlungen nach der *condictio indebiti* herausverlangt werden können.[175] Diese Auffassung überzeugt. Mit den Leistungen der Organwalter vermehrt sich das Verwaltungsvermögen i. S. v. § 10 Abs. 7 WEG, das dem Verband zusteht[176] und gegen den sich daher Bereicherungsansprüche richten[177]. Im Moment der Rechtskraft des gerichtlichen Urteils wird der Beschluss als Rechtsgeschäft wieder aus der Welt genommen. Dieser Aufhebung kommt eine *ex tunc* Wirkung zu. Die *ex tunc* Wirkung ist als solches anerkannt, was für das Wohnungseigentumsrecht wie für gesellschaftsrechtliche Anfechtungsklagen gleichermaßen gilt.[178] Damit geht der Rechtsgrund für das Behaltendürfen rückwirkend verloren, weshalb nur die Leistungskondiktion einschlägig ist.[179] Diese Sichtweise gilt über das Wohnungseigen-

[173] Siehe oben in § 2.

[174] OLG Hamm, Beschl. v. 08.05.1998 – 15 W 83 – 98, BeckRS 9998, 17290; LG Düsseldorf, Urt. v. 7.11.2013 – 19 S 77/12, ZWE 2014, 89; AG Neuss, Urt. v. 19.12.2012 – 91 C 3589/12, ZWE 2013, 422.

[175] AG Hamburg-Blankenese, Urt. v. 12.03.2014 – 539 C 25/13, BeckRS 2015, 2814; *M. Schwab*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 433; *Elzer* ZMR 2014, 259, 260; *Merle*, ZWE 2014, 90, 91.

[176] *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 10 WEG Rn. 82, 86 und 91. Daran würde sich auch nichts durch das WEMoG (RegE vom 23.03.2020) ändern. Das Gemeinschaftsvermögen (so die neue Terminologie) wäre in § 9a Abs. 3 WEG-E geregelt.

[177] *Schmid*, ZWE 2013, 391, 392; *Elzer,* ZMR 2014, 259, 260.

[178] Für das Wohnungseigentumsrecht KG, Beschl. v. 31.03.2009 – 1 W 209/05, RNotZ 2009, 479; *Roth*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 46 Rn. 131; für das Aktienrecht *Hüffer/Schäfer*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2016, § 248 Rn. 14; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 248 Rn. 6; für das GmbH-Recht *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 47 Rn. 178. Für das Personengesellschaftsrecht siehe die im MoPeG-E (§ 714a Abs. 1 BGB-E) vorgesehene Anfechtungsklage für Beschlüsse der GbR (und über § 105 Abs. 2 HGB-E bzw. § 161 Abs. 2 HGB auch der OHG und KG).

[179] Ganz ähnlich liegt der Streit, ob nach einer Anfechtung, der wegen § 142 Abs. 1 BGB eine *ex tunc* Wirkung zukommt, die *condictio indebiti* oder die *condictio ob causam finitam*

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tumsrecht hinaus auch für andere Kollektivorgane, wie es für Mitgliedsbeiträge im Vereinsrecht ebenfalls realistisch ist.[180] Gleiches gilt schließlich, wenn das Kollektivorgan den Beschluss, der bislang einen Rechtsgrund im Sinne des Bereicherungsrechts gebildet hat, ersatzlos aufhebt. Ein solcher *Aufhebungsbeschluss* ist unproblematisch möglich[181] und führt dann ebenfalls dazu, dass zwischenzeitlich getätigte Leistungen ohne Rechtsgrund sind (*sine causa*). Auch in diesem Fall ist dann die *condictio indebiti* einschlägig.

Um den Exkurs mit einer positiven Wendung zu schließen, muss allerdings auch klar sein, dass im Wohnungseigentumsrecht ein Beschluss aufgrund der Regelung des § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG, selbst wenn dieser formell oder materiell rechtswidrig (aber nicht nichtig) sein sollte, als Rechtsgeschäft gültig bleibt und damit gegenwärtig einen Rechtsgrund im Sinne des Bereicherungsrechts darstellt.[182]

anwendbar ist (was allerdings nicht zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führt), Überblick etwa bei *Jacoby/v. Hinden*, Studienkommentar BGB, 16. Aufl. 2018, § 812 Rn. 14.

[180] Dies ist zunächst so, wenn man den fehlerhaften Vereinsbeschluss als grundsätzlich nichtig ansieht, da dieser dann zu keinem Zeitpunkt einen Rechtsgrund bilden konnte. Im Vereinsrecht ist allerdings umstritten, ob Beschlüsse nicht grundsätzlich nichtig, sondern analog §§ 241 ff. AktG behandelt werden können. Der BGH lehnte es zwar in der Vergangenheit ab, Beschlussanfechtungsklagen im Vereinsrecht zuzulassen (Urt. v. 02.07.2007 – II ZR 111/05, NJW 2008, 69, Tz. 36), im Schrifttum sprechen sich mittlerweile jedoch im Anschluss an *K. Schmidt*, AG 1977, 243, 249 ff.; *K. Schmidt*, in: FS Stimpel, 1985, 217, 220 ff. viele für eine analoge Anwendung aus (siehe schon oben in Fn. 111). Dieses Lager wird voraussichtlich durch das MoPeG-E und die dort für alle Personengesellschaften vorgesehene Anfechtungsklage (§ 714 Abs. 1 BGB-E) weiter Auftrieb erhalten.

[181] Für das Wohnungseigentumsrecht *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 95; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 28; für das Vereinsrecht *Fluck*, npoR 2018, 202, 207; für das GmbH-Recht *Fischer/Schmidt*, in: Beck'sches Handbuch der GmbH, 5. Aufl. 2014, § 4 Rn. 159.

[182] Zutreffend *Drabek*, ZWE 2015, 385, 390.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 13 Das Paradoxon vom Negativbeschluss ohne Negativstimme und die Rückbesinnung auf rechtsgeschäftliche Grundsätze

Negativbeschlüsse sind dogmatisch besonders faszinierend. Auch sie bilden rechtsgeschäftlich einen wichtigen Sonderfall. Gemeint sind folgende fünf Konstellationen: Erstens kann ein positiv formulierter Beschlussantrag mehr NEIN- als JA-Stimmen erhalten, zweitens ein positiv formulierter Beschlussantrag *gleichviel* JA- wie NEIN-Stimmen, drittens ein positiv formulierter Antrag zwar mehr JA- als NEIN-Stimmen, jedoch *nicht genügend* JA-Stimmen, um die geforderte qualifizierte Mehrheit zu erreichen, viertens kann ein positiv formulierter Beschlussantrag zwar mehr JA- als NEIN-Stimmen erhalten, jedoch hätte *Einstimmigkeit* erreicht werden müssen.[1] Der fünfte Sonderfall unterscheidet sich dadurch, dass weniger JA- als NEIN-Stimmen abgegeben wurden, allerdings der Abstimmung ein negativ formulierter Beschlussantrag zugrunde lag. Für den ablehnenden Beschluss hat sich in diesen fünf Konstellationen (vorrangig im Wohnungseigentumsrecht) der Begriff Negativbeschluss durchgesetzt.[2]

Nachdem bereits weiter oben bei der Grundlegung erarbeitet wurde, dass auch ablehnende Stimmabgaben Willenserklärungen sind (§ 3 II.), sollen nun eine Reihe von Detailfragen im Vordergrund stehen, die den Negativbeschluss als Rechtsgeschäft betreffen. In Rechtsprechung und Schrifttum hat sich insoweit offenbar durchgesetzt, dass diese Negativbeschlüsse Rechtsgeschäftsqualität haben, denn meist wird in einem ersten Atemzug vertreten, dass der Beschluss ein Rechtsgeschäft im Sinne der Rechtsgeschäftslehre sei, um im zweiten Atemzug zu betonen, dass auch der Negativbeschluss einen Beschluss darstelle,[3] was in der Gesamtschau wohl so zu verstehen ist, dass der Negativbeschluss ebenso ein Rechtsgeschäft im Sinne der Rechtsgeschäftslehre darstellt. Dieser Befund trifft in vielen Kollektivorganen

[1] Zu einer solchen Übersicht im Wohnungseigentumsrecht siehe *Rüscher*, in: Bärmann/Steuß, Praxis des Wohnungseigentumsrechts, 7. Aufl. 2017, § 23 Rn. 87.

[2] Aus der Fülle der Entscheidungen zu Negativbeschlüssen siehe exemplarisch BGH, Urt. v. 02.10.2015 – V ZR 5/15, NJW 2015, 3713, 3714.

[3] Allgemein *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 158; *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 6. Für das Wohnungseigentumsrecht etwa BGH, Urt. v. 14.07.2017 – V ZR 290/16, NZG 2017, 1181, Tz. 20; *Deckert*, ZMR 2008, 585, 586; *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 100; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 106. Für das GmbH-Gesellschaftsrecht beispielsweise *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 47 Rn. 1. Im Übrigen zum Beschluss als Rechtsgeschäft oben ausführlich in § 3 III.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gleichermaßen zu, ganz gleich ob, es sich um einen Negativbeschluss in einer Wohnungseigentümerversammlung[4], in einer Gesellschafter- oder Hauptversammlung,[5] im Aufsichtsrat[6] oder in einer Gläubigerversammlung[7] handelt. Diese Sichtweise ist überzeugend, denn in der Tat bilden die Organwalter auch bei einem Negativbeschluss einen Willen, der rechtserheblich ist. Er bindet zumindest die Organwalter im Innenverhältnis, teils auch andere Organe. Die Regelungsfunktion des Beschlusses verwirklicht sich beim Negativbeschluss allerdings nicht mit der Intensität wie dies bei einem Positivbeschluss der Fall ist.[8] Bei letzterem ist der Beschluss umzusetzen und auszuführen, beim Negativbeschluss kommt es zu diesem Umsetzungs- und Ausführungsmoment jedoch nicht. Zumindest kann eine Regelung aber darin gesehen werden, dass das für die Ausführung von Positivbeschlüssen sonst zuständige Organ weiß, dass ein bestimmtes Thema von ihm eben *nicht* umzusetzen und auszuführen ist, es vielmehr beim Status quo zu bleiben hat (sogleich in § 13 I.).

Drei Dinge scheinen nun besonders klärungsbedürftig zu sein: Da die Beschlussprozedur mit dem Beschlussantrag beginnt, in dem die *essentialia et accidentalia negotii* enthalten sind (vgl. oben § 4 III.), ist zu klären, wie bestimmte Varianten des Beschlussantrags mit dem Negativbeschluss zusammenhängen (dazu in § 13 I.). Sodann ist zu fragen, ob der Negativbeschluss tatsächlich Rechtsgeschäftsqualität hat, wenn *nicht einmal eine* NEIN-Stimme abgegeben wurde (§ 13 II.). Wäre es nicht paradox, ohne auch nur eine Negativstimme von einem Negativbeschluss zu sprechen? Welche Rolle spielt dann die Verkündung, der eine konstitutive Wirkung beigemessen wird? Und wie verhält es sich, wenn *weder* eine JA- *noch* eine NEIN-Stimme abgegeben wurde, also alle Organwalter schweigen? Am Ende des Kapitels soll noch einmal die oben aufgedeckte Mär von der positiven Beschlussfeststellungsklage aufgegriffen werden (§ 4 VI. 7. a)), zumal in der Praxis bei Negativbeschlüssen doch gemeinhin zwei Anträge des Klägers zu beobachten sind, nämlich zunächst der Angriff auf den Negativbeschluss und sodann der Antrag gegenüber dem Gericht, nun im Wege des Urteils den gewünschten Beschluss als Rechtsgeschäft in die Welt zu setzen.

---

[4] BGH, Beschl. v. 23.08.2001 – V ZB 10/01, NZM 2001, 961; BGH, Urt. v. 02.10.2015 – V ZR 5/15, NJW 2015, 3713; *Deckert*, ZMR 2008, 585, 586; *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 100; *Häublein,* in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 69, 106.

[5] Für das GmbH-Gesellschaftsrecht beispielsweise *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 47 Rn. 1; für die Hauptversammlung etwa *Rieckers*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 133 Rn. 6.

[6] *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 230.

[7] *Andres*, in: Andres/Leithaus, InsO, 4. Aufl. 2018, § 218 Rn. 4.

[8] Auch *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 14 trennt zwischen Willensbildung und Regelungsfunktion, geht jedoch noch einen Schritt weiter und sieht bei einem Negativbeschluss gar keine Regelungsfunktion; wohl ebenso *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 128 („sachliche Regelung […] unterbleibt"). *Rüscher*, in: Bärmann/Steuß, Praxis des Wohnungseigentumsrechts, 7. Aufl. 2017, § 23 Rn. 87 hingegen spricht auch beim Negativbeschluss von einer „wirksame[n] Regelung".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Diese drei Themenkomplexe scheinen deshalb untersuchungswürdig zu sein, da ausgerechnet Negativbeschlüsse den Anlass in der jüngeren höchstrichterlichen Rechtsprechung gebildet hatten, die Haftung der Organwalter für das persönliche Stimmverhalten auf den Prüfstand zu stellen. So lag etwa der grundlegenden Entscheidung des BGH zur Haftung für das Stimmverhalten in der Wohnungseigentümerversammlung[9] ein solcher Negativbeschluss über eine Sanierung zugrunde. Die ablehnenden Stimmen wurden dabei als tauglicher Anknüpfungspunkt für die persönliche Pflichtverletzung der Organwalter angesehen. Fehlerhafte Negativbeschlüsse sind aber nicht nur in Wohnungseigentümerversammlungen, sondern in zahlreichen Kollektivorganen denkbar. Fassen etwa die Mitglieder des Gläubigerausschusses fehlerhaft den Beschluss, einer bestimmten Rechtshandlung des Insolvenzverwalters nach § 160 InsO *nicht* zuzustimmen,[10] kann dieser Negativbeschluss gegebenenfalls zur persönlichen Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses nach § 71 InsO führen.[11] Beschließen die Mitglieder des Aufsichtsrats trotz wichtigen Grundes nicht, die Bestellung einer Person zum Vorstandsmitglied zu widerrufen (§ 84 Abs. 3 AktG), kann auch dieser Negativbeschluss eine persönliche Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrats nach sich ziehen (§§ 93, 116 AktG).

I. Die Formulierung der Beschlussanträge

In den jeweiligen Kollektivorganen können Beschlüsse einen positiven oder negativen Inhalt haben. Bezugspunkt bei jeder Beschlussfassung ist der Beschlussantrag. Offenbar bestehen über die verschiedenen Rechtsgebiete hinweg keine Bedenken, dass in den Kollektivorganen Beschlussanträge positiv oder negativ formuliert werden können. Ein positiv formulierter Beschlussantrag lautet beispielsweise: „Der Verwaltervertrag wird gekündigt“. Findet dieser Beschlussantrag keine Mehrheit, lehnen also etwa mehr Organwalter den Beschlussantrag ab als dafür stimmen, wird zwar im Sinne der Rechtsgeschäftslehre gleichwohl ein Beschluss gefasst,[12] allerdings ein negativer.

Wird der Beschlussantrag positiv formuliert und kommt jedoch nur ein Negativbeschluss zustande, ist der angekündigte Beschlussgegenstand durch den Nega-

[9] BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2013, 53.

[10] Die meisten Fehler sollen den Mitgliedern des Gläubigerausschusses durch das pflichtwidrige Unterlassen des gebotenen Handelns unterlaufen, *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1153.

[11] Einigkeit besteht darin, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses für fehlerhafte Entscheidungen haften können. Siehe nur *Hirte*, ZInsO 2012, 820, 821; *Beth*, ZInsO 2012, 1974, 1976; *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1153. Ausführlich hierzu in § 16 IV.

[12] Allgemein *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 6; aus dem Wohnungseigentumsrecht *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 100; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 106; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 23.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

tivbeschluss erst einmal *verbraucht.*[13] Dies hindert die überstimmten Organwalter jedoch nicht daran, für eine neue Versammlung einen neuen Antrag zur Abstimmung zu stellen.[14] Ob unterlegene Organwalter den Beschlussgegenstand für die nächste Versammlung erneut auf die Tagesordnung setzen lassen können, hängt mit der eng verwandten Frage zusammen, wer zur Einberufung des Kollektivorgans berechtigt ist und ob das jeweilige Rechtsgebiet für den einzelnen Organwalter oder zumindest für ein bestimmtes Quorum Sonderrechte vorsieht, wonach die Ergänzung der Tagesordnung verlangt oder selbst vorgenommen werden kann.[15] Im Wohnungseigentumsrecht etwa steht dem Verwalter im Grundsatz ein Ermessen zu, welche Beschlussgegenstände er auf die Tagesordnung setzt.[16] Wohnungseigentümer, die zusammen ein Viertel aller Wohnungseigentümer der Anlage bilden, haben jedoch das Recht, vom Verwalter die Einberufung einer Versammlung zu verlangen (§ 24 Abs. 2 WEG) und folglich auch Anspruch darauf, den bei diesem Einberufungsverlangen genannten Beschlussgegenstand verhandelt zu bekommen.[17] In allen übrigen Fällen ist zu prüfen, ob ein einzelner Wohnungseigentümer einen Anspruch aus § 21 Abs. 4 WEG[18] auf Ergänzung der Tagesordnung hat. Dies wäre vor allem dann der Fall, wenn die Ergänzung der Tagesordnung dem Grundsatz der ordnungsmäßigen Verwaltung entspricht.

Im GmbH-Gesellschaftsrecht geht der Gesetzgeber vergleichbare Wege, wenn er Gesellschaftern, die zu mindestens 10 % am Stammkapital beteiligt sind, einen Anspruch auf Ergänzung der Tagesordnung um einen bestimmten Beschlussgegenstand zuspricht (§ 50 Abs. 1 und 2 GmbHG).[19] Schließlich findet sich in § 122 Abs. 2 AktG das aktienrechtliche Pendant für die Hauptversammlung. Für viele andere Kollektivorgane hat der Gesetzgeber jedoch keine Ansprüche kodifiziert, wonach die Behandlung eines Beschlussgegenstands in der Versammlung verlangt werden kann.[20]

---

[13] So etwa für das Vereinsrecht *Otto,* in: juris PraxisKommentar BGB, 8. Aufl. 2017, § 32 Rn. 79.

[14] Vgl. *Drescher,* in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 241 AktG Rn. 11.

[15] Dazu für das Wohnungseigentumsrecht *Skauradszun*, ZWE 2016, 61.

[16] *Skauradszun*, ZWE 2016, 61, 66.

[17] *Skauradszun*, ZWE 2016, 61, 66.

[18] Der Anspruch aus § 18 Abs. 2 Nr. 1 WEG-E (WEMoG) würde inhaltlich dem geltenden § 21 Abs. 4 WEG entsprechen (vgl. RegE vom 23.03.2020, S. 66).

[19] Die h. M. versteht dieses Recht als Anspruch der Minderheit auf materielle Beschlussfassung, vgl. etwa *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 50 Rn. 2, was überzeugend ist.

[20] Beispielsweise regelt § 110 AktG nur die Einberufung des Aufsichtsrats, jedoch nichts zur Ergänzung der Tagesordnung; die Regelungen zu den Personengesellschaften enthalten nicht einmal Vorschriften zur Einberufung der Gesellschafterversammlung. In der Praxis sind diese Themen aber häufig Gegenstand der Geschäftsordnungen der jeweiligen Organe.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der Beschlussantrag kann im Übrigen auch negativ formuliert werden. Um im genannten Beispiel zu bleiben, würde der Beschlussantrag dann lauten: „Der Verwaltervertrag wird nicht gekündigt". Findet dieser Beschlussantrag im zuständigen Organ eine Mehrheit, entsteht im Sinne der Rechtsgeschäftslehre zwar ein Beschluss. Dieser Beschluss kann jedoch nicht ausgeführt werden. Dies liegt daran, dass sich beim Negativbeschluss die Regelungswirkung nicht in gleichem Maße verwirklicht wie bei einem Positivbeschluss.[21] Es wäre aber zu weitgehend, wenn man sagen würde, dass ein Negativbeschluss überhaupt keine Regelungswirkung hat. Auch die Entscheidung, etwas nicht umzusetzen, regelt in gewissem Maße die Verwaltung. Hat beispielsweise der Verwalter für eine Wohnungseigentümerversammlung Angebote für eine Instandsetzung eingeholt und beschließt die Versammlung, keines dieser Angebote umzusetzen, wird der Verwalter allen Anbietern absagen. Der Negativbeschluss hat also gewisse Wirkungen für die weitere Verwaltung. Der Negativbeschluss hat ferner eine bestimmte Regelungswirkung, als er dem Verwalter in besonderen Fällen erlaubt, einen Beschlussgegenstand aufgrund des vorangegangenen Negativbeschlusses nicht noch einmal als Beschlussgegenstand auf die Tagesordnung zu setzen.

Das verdeutlicht erneut ein Beispiel aus dem Wohnungseigentumsrecht: Eine Gemeinschaft besteht aus fünf Wohnungseigentümern. Zwei davon wollen die Gaszentralheizung durch eine Pelletheizung ersetzen. Zweimal hat die Wohnungseigentümerversammlung bereits darüber getagt und diesen Vorschlag abgelehnt. Trotz unveränderter Sachlage verlangen diese zwei Wohnungseigentümer vom Verwalter eine weitere Wohnungseigentümerversammlung. Der Verwalter lehnt die Einberufung einer außerordentlichen Wohnungseigentümerversammlung zu Recht ab.[22]

Stimmt die Mehrheit der Organwalter *gegen* einen negativ formulierten Beschlussantrag, entsteht dadurch im Übrigen keine positive Regelung.[23] Im gebildeten Beispiel wäre der Verwaltervertrag nicht etwa zu kündigen.

II. Rechtsgeschäftsqualität des Negativbeschlusses in Sonderfällen

Hat sich im Ausgangspunkt somit gezeigt, dass Negativbeschlüsse Rechtsgeschäfte im Sinne der Rechtsgeschäftslehre darstellen, soll nun versucht werden, einem Paradoxon auf den Grund zu gehen. Dazu soll zunächst noch einmal der Grundfall des Negativbeschlusses anhand eines Beispiels verdeutlicht werden: Wenn

[21] Die Regelungswirkung bleibt also auf die Ablehnung des Beschlussgegenstands beschränkt. Siehe zunächst die Nachweise in der Einleitung von Kapitel § 13. Für das Wohnungseigentumsrecht *M. Müller,* ZWE 2016, 15, 16; *Skauradszun,* NZM 2015, 273, 275; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 23.

[22] Beispiel nach *Skauradszun*, ZWE 2016, 61, 63.

[23] Für das Wohnungseigentumsrecht *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 107; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 23.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

etwa von 100 abgegebenen Stimmen 55 *gegen* den positiv formulierten Beschlussantrag und 45 *dafür* stimmen, wird man sagen können, dass der Erklärungswille der 55 Organwalter darin besteht, dass ein bestimmter Beschlussantrag keine Mehrheit findet, kein Positivbeschluss entsteht und dieser nicht umgesetzt und damit von dem zuständigen Organ auch nicht ausgeführt werden darf. Deshalb war schon zu Beginn herausgearbeitet worden, dass auch die ablehnenden Stimmabgaben alle Merkmale einer Willenserklärung aufweisen. Diesen rechtserheblichen Willen haben die herrschenden Organwalter gegen die dissentierenden durchgesetzt. Der Negativbeschluss wird im vorliegenden Fall von 55 gleichlautenden Willenserklärungen getragen – 55 NEIN-Stimmen. Ausgehend von diesem Grundfall ist jedoch eine überzeugende Konstruktion in zwei Extremfällen ungleich schwerer zu finden, wenn bei der Abstimmung *nicht einmal eine* NEIN-Stimme (dazu unter 1.) oder *weder* eine JA- *noch* eine NEIN-Stimme abgegeben wurde (2.). Ist es dann folglich immer noch richtig, von einem Negativbeschluss zu sprechen, der Rechtsgeschäftsqualität aufweist?

1. Das Paradoxon von den Negativbeschlüssen ohne Negativstimme

Konstruktiv besteht aus Sicht der Rechtsgeschäftslehre der bedeutende Unterschied zwischen einem Positiv- und einem Negativbeschluss darin, dass der Positivbeschluss von mindestens einer „Positivstimme" – einer JA-Stimme –, meist sogar mehreren JA-Stimmen der regelungswilligen Mehrheit getragen werden muss, während der Negativbeschluss im Extremfall von nicht einmal *einer* Negativstimme getragen wird.[24] Dies ist etwa der Fall, wenn ein Beschlussantrag die absolute Mehrheit erreichen muss – die Mehrheit aller möglichen Stimmen und nicht nur die Mehrheit bezogen auf die abgegebenen Stimmen[25] – und diese Mehrheit nicht erreicht wurde. Es können dann mitunter etliche JA-Stimmen vorliegen, während sich die übrigen Organwalter enthalten haben.[26] Ohne auch nur eine Negativstimme käme gleichwohl ein Negativbeschluss zustande.

Aus Sicht der „vertraglich gefärbten" Rechtsgeschäftslehre ist dieses Ergebnis paradox, da dem Negativbeschluss als Rechtsgeschäft zwar Willenserklärungen zugrunde liegen, diese jedoch inhaltlich diametral zu dem Inhalt des Rechtsgeschäfts

[24] Vgl. *Häublein,* in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 108.

[25] Zu den verschiedenen Mehrheitserfordernissen § 4 V. 1. In den gesellschaftsrechtlichen Gesetzen spricht der Gesetzgeber bei einer einfachen Mehrheit regelmäßig von der „Mehrheit der abgegebenen Stimmen" (etwa § 47 Abs. 1 GmbHG und § 133 Abs. 1 AktG) und bei einer absoluten Mehrheit von der Mehrheit berechnet nach „der Zahl der Gesellschafter" (etwa § 119 Abs. 2 HGB).

[26] Beispiel für einen freiwilligen GmbH-Aufsichtsrat mit 20 Mitgliedern, bei dem die Satzung ein absolutes Mehrheitserfordernis vorsieht: 9 Mitglieder stimmen für den Beschlussantrag, 11 enthalten sich. Die absolute Mehrheit (11) wird verfehlt. Es ist ein Negativbeschluss zu verkünden. Fände auf diesen Beschlussantrag die einfache Mehrheit Anwendung, läge bei einem Abstimmungsergebnis von 9:0:11 sogar Einstimmigkeit vor. Es wäre ein Positivbeschluss zu verkünden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stehen. Trotz ausschließlich positiv abgegebener Stimmen („JA“), ist das Ergebnis negativ („NEIN“). Das wäre bei Verträgen so nicht denkbar.

Dass ein solches Abstimmungsergebnis in der Praxis zu paradoxen Situationen führen kann, verdeutlicht ein Beispiel aus dem Konzernrecht: Soll etwa ein Gewinnabführungsvertrag zwischen der abhängigen A-AG und der herrschenden B-GmbH abgeschlossen werden (vgl. § 291 Abs. 1 AktG), wobei die B-GmbH 70 % der Aktien der A-AG hält, dann benötigt dieser Gewinnabführungsvertrag die Zustimmung der Hauptversammlung. Der Beschluss bedarf einer Mehrheit von mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung *vertretenen* Grundkapitals (§ 293 Abs. 1 Satz 2 AktG). Stimmt die B-GmbH mit all den von ihr gehaltenen Aktien für den Unternehmensvertrag, enthalten sich aber die vertretenen Aktionäre, die die restlichen 30 % der Aktien halten, dann hat der Beschluss zwar Einstimmigkeit erreicht, jedoch nicht die erforderliche Anzahl an Stimmen, bezogen auf das vertretene Grundkapital, erlangt. Der Versammlungsleiter muss verkünden, dass der Beschluss über die Zustimmung zum Abschluss des Gewinnabführungsvertrags nicht gefasst wurde.[27] Er verkündet einen Negativbeschluss. Kurios ist hier also, dass trotz ausschließlicher JA-Stimmen, das Ergebnis ein negatives ist. An diesem Beispiel lässt sich schließlich zeigen, dass der Negativbeschluss weniger Regelungswirkung hat als sein positives Pendant, wird der genannte Gewinnabführungsvertrag doch ohne den positiven Beschluss nicht wirksam (§ 293 Abs. 1 Satz 1 AktG). Der Status quo (keine Gewinnabführung) bleibt also weiterhin erhalten.

Als Variante zu dem genannten Beispiel zeigt sich beim Negativbeschluss zudem die Besonderheit, dass die Gründe, warum kein Positivbeschluss zustande gekommen ist, vielfältig sein können. Neben klaren NEIN-Stimmen sind Stimmenthaltungen oder Situationen denkbar, in denen Organwalter gar nicht erst zur Versammlung erscheinen, genauso wie es passieren kann, dass ungültige Stimmen abgegeben werden. Ein Negativbeschluss enthält also nicht zwangsläufig das Zusammenwirken mehrerer inhaltlich übereinstimmender Willenserklärungen, sondern mitunter einen Mix aus unterschiedlichstem Stimmverhalten.[28]

2. Negativbeschlüsse und der Grundsatz vom Schweigen als rechtliches Nullum

Darüber hinaus ist denkbar, dass sich alle Organwalter der Stimme enthalten oder ungültige Stimmen abgegeben haben. Kann es nun aber sein, dass ein Beschlussantrag gar keine wirksame Stimme erhalten hat und damit überhaupt keine Willenserklärung abgegeben wurde, aber dennoch ein Beschluss entstanden ist?

---

[27] § 293 Abs. 1 Satz 2 AktG verlangt also eine doppelte Mehrheit, nämlich die einfache Mehrheit nach § 133 Abs. 1 AktG und die Mehrheit von mindestens drei Vierteln des vertretenen Grundkapitals (qualifizierte Kapitalmehrheit), *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, § 293 Rn. 29; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 293 Rn. 8.

[28] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 7.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

a) Kann die Beschlussverkündung die fehlenden Willenserklärungen überbrücken?

Während bei Verträgen das Zustandekommen des Rechtsgeschäfts ganz ohne Willenserklärungen undenkbar wäre, ist dies beim Beschluss in der Form des Negativbeschlusses nicht von vornherein abwegig. Allerdings müsste zunächst ein Weg gefunden werden, die fehlenden Willenserklärungen zu überbrücken. Der dogmatische Schlüssel dazu könnte die Verkündung des Beschlusses durch den Versammlungsleiter sein.[29] Hatte der Versammlungsleiter beispielsweise den Beschlussantrag „Der Geschäftsbereich G soll geschlossen werden" zur Abstimmung gestellt und hat kein anwesender Organwalter mit „JA" oder „NEIN" gestimmt, haben sich also alle anwesenden Organwalter einheitlich enthalten, wurde keine Willenserklärung abgegeben. In einer solchen Situation wäre naheliegend, dass der Versammlungsleiter nun verkündet, dass „der Beschluss nicht gefasst" wurde.[30] Man wäre geneigt, den Willen des Kollektivorgans so zu verstehen, dass der Geschäftsbereich nicht geschlossen werden soll.[31] Erinnert man sich nun an die Beschlussverkündung, die den Beschluss entstehen lässt, wäre es auf den ersten Blick verständlich, von einem Negativbeschluss und damit von einem Rechtsgeschäft auszugehen. Da das Rechtsgeschäft aber von keiner Willenserklärung getragen wird, müsste die Verkündung des Beschlusses durch den Versammlungsleiter etwas konstituieren, das keinerlei Fundament vorweisen kann. Wenngleich die Verkündung innerhalb der Beschlussprozedur ein konstitutives Tatbestandsmerkmal ist,[32] erscheint es nicht überzeugend, ein Rechtsgeschäft konstituieren zu können, welches jeglicher Willenserklärung entbehrt.

b) Die Rückbesinnung auf die rechtsgeschäftlichen Grundsätze vom Schweigen

Wer also der in § 3 II. herausgearbeiteten Ansicht folgt, dass jeder Beschluss – wie auch sonst jedes Rechtsgeschäft[33] – zumindest aus einer Willenserklärung bestehen muss, wird sich hier zu der Erkenntnis durchringen müssen, dass die Situation zwar so aussieht wie bei einem Negativbeschluss, richtigerweise jedoch gar kein Rechtsgeschäft zustande gekommen ist. Natürlich wirkt es so, als sei der Beschlussantrag „durchgefallen"[34] und verständlicherweise neigt der Versammlungs-

[29] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 110.

[30] *Deckert*, ZMR 2008, 592.

[31] Vgl. deshalb *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 109: „Ein Negativbeschluss ist Ausdruck eines Willens der Eigentümer".

[32] Oben in § 4 VI. 6.

[33] *Rüthers/Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 16. Aufl. 2009, § 16 Rn. 1; *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 35. Aufl. 2011, S. 38 Rn. 5; *Wörlen/Metzler-Müller*, BGB AT, 13. Aufl. 2014, S. 34 Rn. 63, S. 64 Rn. 116; *Neuner*, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2020, § 28 Rn. 2 und 4; *Leipold*, BGB I, 10. Aufl. 2019, § 10 Rn. 6; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 28.

[34] *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

leiter dazu, verkünden zu wollen, dass der Beschluss nicht zustande gekommen ist. Ein Negativbeschluss ist jedoch nicht zu verkünden, da für solch einen Beschluss zumindest *eine* Willenserklärung notwendig gewesen wäre. Der Versammlungsleiter kann in dieser Situation also nichts konstituieren, da das *Fundament* für ein jedes Rechtsgeschäft *fehlt.* Er kann gegenüber den Organwaltern lediglich sein Wissen mitteilen, dass keine Willenserklärungen abgegeben wurden. Eine gleichwohl vorgenommene Verkündung wäre keine Verkündung im oben dargestellten Rechtssinne (§ 4 VI.).

Erinnert man sich der rechtsgeschäftlichen Grundsätze vom Schweigen, deckt sich dieses Ergebnis mit der dortigen allgemeinen Meinung, wonach bloßes Schweigen keine Willenserklärung ist, also weder einen positiven noch negativen Erklärungswert hat.[35] Bloßes Schweigen stellt vielmehr ein rechtliches Nullum dar.[36] Stimmen Organwalter hinsichtlich des Beschlussantrags weder mit JA noch NEIN, sondern schweigen sie, kann daraus weder ein Positiv- noch ein Negativbeschluss begründet werden. Auch das Fernbleiben eines Organwalters von der Abstimmung in der Versammlung kann ebenfalls nicht als rechtsgeschäftliches Handeln gewertet werden. Die Abwesenheit der Organwalter hat deshalb keine Auswirkungen auf die Entstehung des ablehnenden Beschlusses.[37] In diesen Fällen möchten die Organwalter gerade keine eigene Willenserklärung abgeben. Die fehlenden Stimmabgaben können damit weder als JA- noch als NEIN-Stimme gewertet werden. Entsprechend der allgemeinen Grundsätze vom Schweigen als rechtliches Nullum ist der Beschluss als Rechtsgeschäft nicht zustande gekommen, wenn weder eine positive noch negative Stimme abgegeben wurde.

III. Die Verzahnung des Negativbeschlusses mit dem Prozessrecht

Soll ein Negativbeschluss angegriffen werden, der nach einem positiv formulierten Beschlussantrag verkündet wurde, stellen sich eine Reihe prozessualer Fragen. Zum einen ist zu klären, ob derjenige Organwalter bzw. dasjenige Organ, das sich gegen einen Negativbeschluss wehren möchte, zunächst den Negativbeschluss angreifen muss und erst dann vor dem erkennenden Gericht beantragen kann, was zuvor schon als Positivbeschluss gewünscht war. Zum anderen ist danach zu fragen, welche Klageart für den zweiten Antrag statthaft ist.

Die hier angesprochenen prozessualen Fragen hängen mit der grundlegenden Weichenstellung in dem jeweiligen Beschlussmängelrecht zusammen, ob nämlich fehlerhafte Beschlüsse lediglich wirksam oder unwirksam sein können oder zudem

[35] *Neuner*, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2020, § 31 Rn. 11; *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl. 2019, § 4 Rn. 23.

[36] *Neuner*, Allgemeiner Teil des BGB, 12. Aufl. 2020, § 31 Rn. 11.

[37] Vgl. *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 7.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auch anfechtbar. Kennt das jeweils einschlägige Prozessrecht – wie etwa im Aktienrecht mit § 243 AktG, im GmbH-Gesellschaftsrecht im Wege der Analogie,[38] im Wohnungseigentumsrecht mit § 46 WEG/§ 44 Abs. 1 Satz 1 WEG-E (und nach den Plänen des Mauracher Entwurfs künftig das Personengesellschaftsrecht in § 714a BGB-E) – eine Anfechtungsklage, dann wird häufig ein Rechtsschutzbedürfnis dafür vorliegen, zunächst mit der Anfechtungsklage den Negativbeschluss zu beseitigen und sodann mit dem zweiten Klageantrag den gewünschten positiven Beschluss zu erstreiten.[39] Denn ohne eine fristgerechte Anfechtungsklage würde der Beschluss bestandskräftig werden. Jedenfalls dann wäre der Weg für den zweiten Klageantrag versperrt, da das Gericht keinen Beschluss in die Welt setzen kann, wenn die zugrunde liegende Sachentscheidung von dem zuständigen Kollektivorgan bereits bestandskräftig getroffen wurde.

Hinsichtlich des zweiten Klageantrags, mit dem ein bestimmter Positivbeschluss begehrt wird, ist eine Parallele zu der in § 4 VI. 7., VII. 2. a) dargestellten Problematik festzustellen: Gleich ob die tatbestandliche Beschlussverkündung fehlt oder der gewünschte Beschluss nicht so verkündet wurde, wie er hätte bekanntgegeben werden müssen, stellt sich die Frage nach der statthaften Klageart.

Für den Fall der fehlenden Verkündung wurde oben gezeigt, dass rechtsgebietsübergreifend die Auffassung vorherrscht, statthafte Klageart sei die positive Beschlussfeststellungsklage.[40] Nach genauerer Prüfung hat sich jedoch erwiesen, dass es sich bei der positiven Beschlussfeststellungsklage um eine Mär handelt und statthaft vielmehr die Gestaltungsklage ist.[41]

Wenn der Kläger nach der erfolgreichen Anfechtung des Negativbeschlusses nun weiter begehrt, dass mit Hilfe des Gerichts ein bis dato noch nicht verkündeter Positivbeschluss in die Welt gesetzt werden soll, wird häufig vertreten, dass der Kläger einen Feststellungsantrag zu stellen habe. Der Kläger müsse die Feststellung beantragen, dass in einer bestimmten Versammlung bei einem bestimmten Tagesordnungspunkt ein Beschluss mit einem bestimmten Inhalt hätte gefasst werden müssen.[42] Überzeugender ist es jedoch, auch hier von einer Gestaltungsklage auszugehen. Denn wenn das Gericht bei dem verlangten Positivbeschluss das Tatbe-

[38] *Römermann*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J.Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, Anh. § 47 Rn. 258; *Drescher*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 246 AktG Rn. 51.

[39] Vgl. *Dörr*, in: Spindler/Stilz AktG, 3. Aufl. 2015, § 246 Rn. 59 für das Aktienrecht und *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 23 für das Wohnungseigentumsrecht; *Skauradszun*, ZWE 2020, 105, 110.

[40] *Dörr*, in: Spindler/Stilz AktG, 3. Aufl. 2015, § 246 Rn. 58; *Hüffer/Schäfer*, in: MüKo-AktG, 4. Aufl. 2016, § 246 Rn. 84; *Koch,* in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 246 Rn. 42; *Drescher*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 246 AktG Rn. 50. Nachweise zu weiteren Rechtsgebieten im Übrigen oben in § 4 VI. 7. a).

[41] § 4 VI. 7. a) und b).

[42] Exemplarisch für das GmbH-Recht *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 125 und alle Nachweise oben bei § 4 VI. 7. a) und b).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

standsmerkmal der Beschlussverkündung zu erfüllen hat, kann die bloße Feststellung das fehlende Tatbestandsmerkmal nicht kompensieren und damit das Ziel des Klägers, den gewünschten Positivbeschluss zur Entstehung zu bringen, nicht erreichen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 14 Vetorechte in der Beschlussprozedur

Die Ausübung von Vetorechten schafft es immer wieder bis in die Tagespresse. Prominentes Beispiel für solche Vetorechte ist deren Ausübung im UN-Sicherheitsrat. Auch von einer großen Mehrheit gewollte Entscheidungen kommen nicht zustande, wenn ein (ständiges) Mitglied, dem kraft Satzung ein Vetorecht zusteht, dieses ausübt.[1] Im Zivilrecht sind Vetorechte etwa im Gesellschaftsrecht bekannt, wenn beispielsweise privilegierte Gesellschafter einem Beschluss in der Gesellschafterversammlung widersprechen dürfen. Unter einem Vetorecht wird nachfolgend das Recht verstanden, innerhalb eines definierten Rahmens einen Einspruch erheben zu können, der die Willensbildung im Kollektivorgan durch Beschluss verhindert oder aufschiebt.

Obgleich die Ausübung eines Vetorechts offensichtlich einschneidende Folgen für die Meinungsbildung im jeweiligen Kollektivorgan hat, scheint die Dogmatik eines Vetorechts in der Beschlussprozedur im Zivilrecht noch wenig untersucht worden zu sein. Gerichtsentscheidungen über grundlegende Fragen des Vetorechts sind noch nicht bekannt geworden. Dabei sind die sich hier stellenden Fragen vielfältig:

Ganz grundsätzlich ist schon zu klären, ob ein Vetorecht innerhalb der Beschlussprozedur überhaupt anzuerkennen ist und – falls ja – was Rechtsgrundlage des Vetorechts sein kann. In Betracht kommen hier Verträge, wie die Satzung einer Gesellschaft oder Vereinbarungen der Wohnungseigentümer. Womöglich kann das Vetorecht auch einzelfallbezogen im Wege eines Geschäftsordnungsbeschlusses eingeräumt werden.

Sodann ist zu untersuchen, ob das Vetorecht auf Ebene der Willenserklärungen oder auf Ebene des Rechtsgeschäfts ansetzt. Hängt dies womöglich von dem Zeitpunkt ab, in dem das Vetorecht ausgeübt wird? Kann das Vetorecht mithin vor und nach der Beschlussverkündung ausgeübt werden oder nur solange der Beschluss als Rechtsgeschäft noch nicht entstanden ist? Sollte die Ausübung des Vetorechts sogar noch nach Verkündung des Beschlusses möglich sein, müsste erklärt werden können, welche Folgen dies für das Rechtsgeschäft hat. Wird der Beschluss aufgehoben, widerrufen oder verliert er auf andere Art und Weise seine Wirkungen? Damit hängt die Frage zusammen, ob und wie die übrigen Organwalter vor einer späten Ausübung

[1] Vgl. Art. 27 Abs. 3 UN-Charta. Zur Dogmatik des dortigen Vetorechts *Engelhardt*, Das Vetorecht im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, ArchVR 10/4, 377. Zu Reformüberlegungen *Hofstötter*, ZaöRV 2006, 143, 157 (insbesondere zu „kollektiven Vetorechten", die „erst bei Erreichen eines zu bestimmenden Quorums eine blockierende Wirkung entfalten").

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des Vetorechts geschützt werden können, denn diese verlassen sich jedenfalls ab der Verkündung des Beschlusses auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts.

I. Sind Vetorechte anzuerkennen und wenn ja, auf welcher Rechtsgrundlage können sie eingeräumt werden?

Eine vertiefte Untersuchung erübrigt sich, wenn Vetorechte in der zivilrechtlichen Praxis zwar anzutreffen sind, diese Rechtsfigur bei Lichte betrachtet jedoch nicht anzuerkennen ist. Ein solches Phänomen hatte sich oben schon beim Mythos von den schwebend unwirksamen Beschlüssen gezeigt (§ 10), die es – so hatte es sich nach genauerer Prüfung ergeben – ebenfalls nicht geben kann und darf.

1. Der Streit um die Zulässigkeit von Vetorechten

Tatsächlich wird für bestimmte Kollektivorgane bestritten, dass Vetorechte rechtlich möglich sind. So haben Erle und Bezzenberger ausführlich begründet, warum Vetorechte im Vorstand einer Aktiengesellschaft nicht zulässig sein sollen, denn es sei nicht möglich, die Mehrheitsentscheidung der Vorstandsmitglieder zu verhindern.[2] Weder die Satzung noch die Geschäftsordnung des Vorstands könnten wegen § 77 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 AktG bestimmen, dass ein oder mehrere Vorstandsmitglieder Meinungsverschiedenheiten im Vorstand gegen die Mehrheit seiner Mitglieder entscheiden. Damit seien Vetorechte im Vorstand nicht möglich.[3] Erle, Schütz und Henssler lehnen Vetorechte ferner für den Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft ab.[4] Damit würde die Entscheidung *einer* Person überlassen werden, obwohl es sich beim Aufsichtsrat um ein Kollektivorgan handelt.[5]

Die wohl herrschende Meinung erkennt Vetorechte jedoch auch im Vorstand und Aufsichtsrat an.[6] Spindler argumentiert, dass – wenn das Verhindern der Mehrheitsentscheidung nicht möglich wäre – auch das gesetzlich häufig vorgesehene

---

[2] *Erle*, AG 1987, 7, 10; *T. Bezzenberger,* ZGR 1996, 661, 665 f.; denen folgend *Hoffmann-Becking,* NZG 2003, 745, 748; *Simons/Hanloser,* AG 2010, 641, 643, 645 ff.; *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 77 Rn. 12 hält Vetorechte zumindest für bedenklich.

[3] *T. Bezzenberger,* ZGR 1996, 661, 665 ff., 668 f.

[4] *Erle*, AG 1987, 7, 10; *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 121 und 140; *Henssler*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 108 AktG Rn. 6.

[5] *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 140.

[6] OLG Karlsruhe, Urt. v. 23.05.2000 – 8 U 233/99, AG 2001, 93; für den Vorstand: *Mertens/Cahn*, in: Kölner Kommentar AktG, 3. Aufl. 2010, § 77 Rn. 13; *Langer/Peters,* BB 2012, 2575, 2580; *Kort*, in: Großkommentar Aktienrecht, 5. Aufl. 2015, § 77 Rn. 27; *Wiesner*, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 4 Aktiengesellschaft, 4. Aufl. 2015, § 22 Rn. 9; *Weber*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 77 Rn. 16; *Spindler*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 77 Rn. 17.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Einstimmigkeitsprinzip unzulässig sein müsse. Denn auch hier kann ein Einzelner den Willen der Mehrheit verhindern, ohne dass ernsthaft in Frage gestellt würde, ob es das Einstimmigkeitsprinzip geben dürfe. Er versteht das Vetorecht vielmehr als Mischform zwischen dem Einstimmigkeits- und Mehrheitsprinzip.[7] Das deckt sich mit den Ausführungen von Weber, der ebenfalls zunächst von einem gewöhnlichen Mehrheitsprinzip ausgeht, welches dann aber um ein Vetorecht eines einzelnen Mitglieds oder der Minderheit angereichert werde.[8] Hinsichtlich des Vorstands argumentiert Weber, dass der Gesetzgeber im Grundsatz von einstimmigen Entscheidungen des Vorstands ausgehe und das Vetorecht damit ähnlich wie beim Einstimmigkeitsprinzip dazu führe, dass dem Verhalten eines einzelnen Mitglieds eine den Beschluss verhindernde Wirkung zukomme.[9] Terminologisch setzt Weber das Vetorecht mit einem Widerspruch gleich.

Die letztgenannte Ansicht überzeugt und trägt im Grundsatz rechtsgebietsübergreifend für alle Kollektivorgane. Vetorechte sind im Ausgangspunkt als besondere Rechte zu verstehen, die mit der Rechtsstellung des Organwalters verbunden sind. Ähnlich wie Mehrfachstimmrechte oder Stimmrechtsbeschränkungen führen sie dazu, dass sich das Stimmrecht eines Organwalters von den anderen Stimmrechten unterscheidet. Wenngleich der Gesetzgeber Vetorechte im Zivilrecht nicht *expressis verbis* geregelt hat, finden sich doch bei verschiedenen Kollektivorganen Normen, die zumindest in allgemeiner Form Sonderrechte erlauben. Für die Mitglieder des *Vereins* erwähnt § 35 BGB in allgemeiner Form „Sonderrechte".[10] Im Vereinsrecht sind sowohl Stimmrechtsverstärkungen („Stichentscheid") als auch Stimmrechtsbeschränkungen anerkannt.[11] Im *GmbH-Recht* werden auch ohne eigene Regelung Sonderrechte unter Verweis auf § 35 BGB etwa für Geschäftsführer anerkannt.[12] Wenngleich im *Aktienrecht* Mehrstimmrechte unzulässig sind (§ 12 Abs. 2 AktG),[13] kennt doch auch das Aktienrecht zumindest ein negatives Sonderrecht, wenn etwa bei Vorzugsaktien das Stimmrecht ausgeschlossen und dafür eine höhere Dividende geleistet wird, ferner positive Sonderrechte wie die exponierte Stellung des Vorstands- und Aufsichtsratsvorsitzenden (§§ 84 Abs. 2, 107 Abs. 1 Satz 1 AktG). Schließlich regelt auch § 29 Abs. 2 Satz 1 MitbestG ein Sonderrecht und erlaubt hier

[7] *Spindler*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 77 Rn. 17.

[8] *Weber*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 77 Rn. 16.

[9] *Weber*, in: Hölters, AktG, 3. Aufl. 2017, § 77 Rn. 16.

[10] *M. Schwab*, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, S. 353 wendet die Vorschrift des § 35 BGB auch auf die Aktiengesellschaft an. Im Grundsatz haben die Organwalter im Vereinsrecht aber gleiches Stimmrecht, *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 80.

[11] *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 17 Rn. 42; *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 112.

[12] *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 126.

[13] Da es eine dem § 12 Abs. 2 AktG vergleichbare Regelung im Vereinsrecht nicht gibt, werden dort Mehrstimmrechte zugelassen, *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 82.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dem Aufsichtsratsvorsitzenden ein doppeltes Stimmrecht, welches greift, wenn bei einer mitbestimmungspflichtigen Gesellschaft eine Abstimmung im Aufsichtsrat Stimmengleichheit ergeben hat und sodann eine erneute Abstimmung über denselben Beschlussgegenstand stattfindet („Stichentscheid").[14]

Ein derart ausgestaltetes Stimmrecht ist bei allen Kollektivorganen denkbar, bei denen mit der Mehrheit der Stimmen abgestimmt wird. Im Einklang mit der wohl herrschenden Meinung gilt dies trotz § 77 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 AktG auch für den Vorstand, ferner für den Aufsichtsrat. Die Norm ist tatsächlich so zu verstehen, dass ein Vorstandsmitglied nicht alleine gegen die Mehrheit der übrigen Vorstandsmitglieder entscheiden kann.[15] Zu einem Konflikt mit dem Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) führt dies weder beim Vorstand noch beim Aufsichtsrat, da nicht von § 77 AktG bzw. § 108 Abs. 1 AktG abgewichen wird. Der Vorstand bzw. Aufsichtsrat entscheidet weiterhin durch Beschluss.

Allerdings können die Vorstandsmitglieder bzw. Aufsichtsratsmitglieder ein Vetorecht nicht aus eigener Kraft für eines ihrer Mitglieder einräumen, da sie dann das Kräfteverhältnis im Organ verschieben würden, was allenfalls dem bestellenden Organ, nicht aber den Bestellten zusteht. Dies liegt daran, dass die Einräumung eines Vetorechts zugleich eine Einschränkung der Beschlusskompetenz und der individuellen Rechtsmacht der übrigen Organwalter bedeutet (dazu sogleich in 2.). Ein Vetorecht kann aber entweder durch die Satzung oder dasjenige Organ eingeräumt werden, welches für die Bestellung zuständig ist. Folglich kann bei der mitbestimmungsfreien[16] Aktiengesellschaft die Hauptversammlung einem Aufsichtsratsmitglied (§ 101 Abs. 1 Satz 1 AktG) bzw. der Aufsichtsrat einem Vorstandsmitglied (§ 84 Abs. 1 Satz 1 AktG) ein Vetorecht einräumen.

Gilt im Übrigen in einem Kollektivorgan ausnahmsweise oder grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip (etwa § 119 Abs. 1 HGB), bedarf es der Ausübung eines Vetorechts nicht, da dann ein Organwalter den Beschluss schon durch das Abgeben einer Gegenstimme verhindern kann.

---

[14] Der Hinweis von *Habersack*, in: Habersack/Henssler, Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl. 2018, § 29 MitbestG Rn. 11, wonach für das Sonderrecht des Stichentscheids nach § 29 Abs. 2 MitbestG kein Raum ist, wenn der Antrag nicht zu einer Stimmengleichheit geführt hatte, sondern mehrheitlich abgelehnt wurde, zeigt im Übrigen, dass Sonderrechte nicht stets zum Einsatz kommen müssen, sondern zunächst einmal abgewartet werden kann, ob das Sonderrecht überhaupt geltend gemacht werden kann und soll.

[15] Überzeugend so *Spindler*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 77 Rn. 17.

[16] Bei Aktiengesellschaften, die unter das Mitbestimmungsgesetz fallen, findet die Sondervorschrift des § 29 Abs. 2 Satz 1 MitbestG Anwendung. Die Hauptversammlung kann aber nicht einem Aufsichtsratsmitglied der Aktionäre ein Vetorecht einräumen und damit die Rechtsmacht der Aufsichtsratsmitglieder der Arbeitnehmer einschränken.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

2. Einräumung des Vetorechts und Einschränkung der Beschlusskompetenz

Damit wird zugleich deutlich, dass Vetorechte als besondere Ausprägung des Stimmrechts auf einem Rechtsgeschäft der Organwalter (Intraorganeinräumung) oder eines anderen zuständigen Organs (Interorganeinräumung) beruhen müssen, das – wie beim Vetorecht für Gesellschafter oder Wohnungseigentümer – *einstimmig* zustande kam oder – wie beim Vorstand und Aufsichtsrat – durch *Mehrheitsbeschluss* des bestellenden Organs. Denn wenn Organwalter einem anderen Organwalter ein Sonderrecht, wie ein Vetorecht, einräumen, geht dieses spiegelbildlich mit einer *Einschränkung* des eigenen Stimmrechts einher. Die Rechtsmacht, die ein Stimmrecht hat, ist insoweit im Falle der Ausübung des Vetorechts geringer als die zahlenmäßige Anzahl der Stimmen oder Stimmenanteile. Gleiches gilt, wenn das bestellende Organ einem Organwalter eines anderen Organs ein Vetorecht einräumt. Entscheidet sich etwa der Aufsichtsrat einer mitbestimmungsfreien Aktiengesellschaft dafür, dem Vorstandsvorsitzenden ein Vetorecht für Beschlüsse im Vorstand einzuräumen, schränkt er reflexartig die Rechtsmacht der übrigen Vorstandsmitglieder ein.

Was hier *eingeschränkt* wird, ist aber nicht nur die Rechtsmacht des individuellen Stimmrechts, sondern auch die *Beschlusskompetenz* der Organwalter insgesamt. Dies ist die dritte Stelle, an der die Beschlusskompetenz eine herausgehobene Rolle spielt. Nach der in § 5 III. untersuchten Frage, wann der Beschluss als Rechtsgeschäft überhaupt zur Verfügung steht (dann nämlich, wenn für einen Beschlussgegenstand eine Beschlusskompetenz besteht), ließ sich sodann in § 12 III. 3. mit der *Beschlusskompetenz* erklären, wie Organwalter einer Person durch Beschluss Pflichten auferlegen können. Da dies nur aufschiebend bedingt um die Zustimmung der betroffenen Person möglich ist (§ 158 Abs. 1 BGB), ist die Beschlusskompetenz der Organwalter insofern eingeschränkt.

Hier nun gilt das Gleiche: Räumen die Organwalter einer Person ein Vetorecht ein, dann können sie fortan *ohne* dieses Vetorecht keine Beschlüsse fassen. Ihre Beschlusskompetenz ist nunmehr *eingeschränkt.*[17] Gleiches gilt, wenn ein Organ

[17] Ein Beispiel möge dies veranschaulichen: Die Satzung einer GmbH sieht vor, dass von den Gesellschaftern A, B, C und D, die alle zu 25 % beteiligt und in gleicher Höhe stimmberechtigt sind, B ein Vetorecht zusteht. Bei der Beschlussfassung entscheidet die Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Nachdem B in der letzten Gesellschafterversammlung sein Vetorecht ausgeübt und damit einen Beschluss verhindert hatte, gehen A, C und D in der nächsten Gesellschafterversammlung in die Offensive: A, der zugleich Versammlungsleiter ist, stellt den Beschlussgegenstand zur Abstimmung, und zwar ausdrücklich unter Ausschluss des Vetorechts von B. Sodann stimmen A, C und D für den Beschlussgegenstand, B stimmt dagegen. A verkündet, dass der Beschluss gefasst sei. Den Organwaltern fehlte für diese Beschlussfassung die Beschlusskompetenz. Es war von vornherein nicht rechtmäßig, einen Beschluss unter Ausschluss des Vetorechts zu fassen. Mangels Beschlusskompetenz ist der Beschluss fehlerhaft. Sein Schicksal bestimmt sich nach der Beschlussfehlerlehre des GmbH-Rechts (vgl. § 16 I.). Hier ist sodann zu unterscheiden: Wird die *gesetzliche* Kompetenzordnung missachtet, ist der Beschluss nichtig, wird die Kompetenzordnung *der Satzung* missachtet, ist der Beschluss anfechtbar (*Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, Anh. nach § 47

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

einer Person eines anderen Organs ein Vetorecht einräumt. Dann kann in diesem anderen Organ ohne dieses Vetorecht kein Beschluss gefasst werden. Die Beschlusskompetenz ist auch hier eingeschränkt.

Wird durch die Einräumung eines Vetorechts damit das Kräfteverhältnis der Organwalter modifiziert, ist verständlich, dass dies bei der Intraorganeinräumung auf einem Einverständnis aller beruhen muss und damit zumindest einmal auf einem einstimmigen Rechtsgeschäft. Beispielsweise können die Wohnungseigentümer in einer Vereinbarung einem oder mehreren Mitgliedern der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ein solches Vetorecht einräumen, die Gesellschafter einer GmbH können selbiges in der Satzung regeln,[18] die Gesellschafter der OHG im Gesellschaftsvertrag. Räumt ein Organ einem Organwalter eines anderen Organs ein Vetorecht ein (Interorganeinräumung), wie der Aufsichtsrat einem Vorstandsmitglied bzw. die Hauptversammlung einem Aufsichtsratsmitglied, dann bedarf es hierfür des für die Bestellung üblichen Mehrheitsbeschlusses.

Erkennt man danach Vetorechte im Grundsatz an und verlangt lediglich, dass deren Einräumung einmal einstimmig (Intraorganeinräumung) bzw. durch Mehrheitsbeschluss (Interorganeinräumung) vereinbart wurde, ist es nur konsequent, auch verschiedene Varianten des Vetorechts zuzulassen. Denkbar ist etwa, dass das ausgeübte Vetorecht überwunden werden kann. So könnte beispielsweise vereinbart werden, dass ein qualifizierter Mehrheitsbeschluss oder der Ablauf einer Wartezeit gleichwohl den Weg für den gewünschten Beschlussgegenstand frei macht.[19]

II. Setzen Vetorechte auf Ebene der Willenserklärungen oder auf Ebene des Rechtsgeschäfts an?

Soweit ersichtlich findet sich im zivilrechtlichen Schrifttum keine Antwort zu der Frage, ob ein ausgeübtes Vetorecht auf Ebene der Willenserklärungen oder auf Ebene des Rechtsgeschäfts ansetzt.[20] Denkbar ist zunächst, dass ein ausgeübtes Vetorecht Einfluss auf die Wirksamkeit der übrigen Stimmabgaben, mithin auf die Wirksamkeit der Willenserklärungen hat. Dem Bürgerlichen Recht ist es auch nicht

Rn. 24; *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, Anh. zu § 47 Rn. 6). Da das Vetorecht auf der Satzung beruht, ist der Beschluss anfechtbar. B muss den Beschluss also innerhalb der Anfechtungsfrist anfechten. Das zuständige Gericht wird diesen sodann für nichtig erklären.

[18] So für die GmbH wie selbstverständlich *Seibt*, in: Römermann, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 2 Rn. 147.

[19] Vgl. *Engelhardt*, Das Vetorecht im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, ArchVR 10/4, 377, 378.

[20] Im völkerrechtlichen Schrifttum erwähnt *Hofstötter*, ZaöRV 2006, 143, 157 beiläufig, dass das Vetorecht „die Beschlussfähigkeit" in Frage stellen könnte. Jedenfalls im Zivilrecht dürfte dieser Ansatz kaum tragen. *Seidel*, Vetorecht eines Vorstandsmitglieds, 2018, S. 9 erwägt offenbar rechtliche Wirkungen eines Vetos nur für den Beschluss, nicht für die Willenserklärungen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

unbekannt, dass Willenserklärungen nichtig sind (§ 105 BGB). Allerdings würde die Ausübung eines Vetorechts – würde es tatsächlich auf Ebene der Willenserklärungen ansetzen – deutlich in die Beschlussprozedur eingreifen, was nach der hier vorgestellten Sichtweise grundsätzlich vermieden werden soll.

Unterstellt, die Mehrheit der Organwalter stimmt für einen Beschlussantrag, ein Organwalter übt jedoch sein Vetorecht aus, müsste der Versammlungsleiter eigentlich nach der Feststellung des Abstimmungsergebnisses einen Negativbeschluss verkünden, da dem Versammlungsleiter nämlich nun bekannt ist, dass der zur Abstimmung gestellte Beschlussantrag trotz der erreichten Mehrheit nicht die Voraussetzungen eines positiven Beschlusses erfüllt hat. Ein solcher Negativbeschluss setzt sich als Rechtsgeschäft wiederum aus Willenserklärungen zusammen. Würde das Vetorecht auf Ebene der Willenserklärungen ansetzen und den Willenserklärungen ihre Wirksamkeit nehmen, würde dem Negativbeschluss seine Grundlage fehlen, mithin die dem Rechtsgeschäft zugrunde liegenden Willenserklärungen. Aus diesem Dilemma gäbe es dann nur einen Ausweg, wenn das ausgeübte Vetorecht wiederum als Willenserklärung verstanden wird, sodass der Negativbeschluss als Rechtsgeschäft zumindest von einer Willenserklärung getragen wird, nämlich der „Vetoerklärung". Besonders überzeugend scheint diese Betrachtung jedoch nicht.

Stimmiger könnte der zweite Ansatz sein, wonach ein ausgeübtes Vetorecht auf Ebene des Rechtsgeschäfts ansetzt. Zunächst ist festzustellen, dass der Gesetzgeber bei ähnlichen Sonderfällen wie etwa einem ausgeübten Widerrufsrecht nach § 109 BGB, einer erklärten Anfechtung nach § 142 BGB oder einer verweigerten Genehmigung im Sinne von § 177 BGB ebenfalls beim Rechtsgeschäft ansetzt. Daher würde es auf dieser Linie liegen, wenn auch die Ausübung eines Vetorechts beim Rechtsgeschäft ansetzt. Allerdings besteht dann die Schwierigkeit, eine dogmatische Grundlage zu finden, mit der der Beschluss als Rechtsgeschäft verhindert oder zumindest dessen Wirkung genommen werden kann.

1. Beschlussfassung unter auflösender Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB

Die in den vorherigen Kapiteln häufig bemühte Bedingung nach § 158 BGB könnte jedoch auch hier der Schlüssel zu einer überzeugenden Dogmatik sein. So scheint es stimmig, den Beschluss als Rechtsgeschäft zu verstehen, das unter einer auflösenden Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB vorgenommen wird. Diese auflösende Bedingung ist die Ausübung des Vetorechts. Wird das Vetorecht ausgeübt, endigt mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkung des Rechtsgeschäfts.[21] Der Beschluss entfaltet fortan keine Rechtswirkung mehr und dürfte auch nicht ausgeführt werden. Wird das Vetorecht hingegen nicht ausgeübt, ist das Rechtsgeschäft,

[21] Ohne Nennung der Bedingungslehre und insbesondere ohne Bezug zu § 158 Abs. 2 BGB aber doch nahe an dem hier vorgeschlagenen Mechanismus ist die Aussage von *Seidel*, Vetorecht eines Vorstandsmitglieds, 2018, S. 9, wonach die Pflicht, einen Beschluss nach ausgeübtem Vetorecht umzusetzen, „erlöschen" würde.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mithin der Beschluss, mit der Verkündung wirksam in die Welt gesetzt und bleibt dies auch – sieht man einmal von prozessualen Möglichkeiten der Beschlussanfechtung ab. Interessanterweise wird das Vetorecht für den eingangs genannten UN-Sicherheitsrat ähnlich definiert. Engelhardt formuliert hier, dass ein Vetorecht vorliegt, „wenn die Wirksamkeit eines Beschlusses außer der formell gültigen Entschließung des zuständigen Beschlussorgans von dem Verhalten einer bestimmten Person oder eines Kollegiums abhängt“[22]. Gerade der Ausdruck „abhängt“ deutet auf das Verständnis als Bedingung hin. Wenn Engelhardt sodann danach differenziert, ob das Vetorecht die Wirksamkeit des Beschlusses in Form eines Widerspruchs hindert oder spiegelbildlich der Beschluss erst durch ausdrückliche Zustimmung wirksam wird, werden hier bei Lichte betrachtet die beiden Optionen der Bedingung nach § 158 BGB beschrieben. Versteht man das Vetorecht als ein besonderes Zustimmungsrecht, würde es naheliegen, den Beschluss als unter einer aufschiebenden Bedingung gefasst anzusehen. Versteht man das Vetorecht hingegen als Widerspruchsrecht, stellt der eingelegte Widerspruch eine auflösende Bedingung dar, der die Wirksamkeit des Beschlusses endigt. Letzteres ist das hier vorgeschlagene Konzept. Dieses Verständnis hat insbesondere den Vorteil, dass derjenige, dem ein Vetorecht zusteht, dieses aktiv ausüben muss und nicht nur untätig bleiben darf.[23] Mit Ausnahme etwa von §§ 108 Abs. 2 Satz 2, 177 Abs. 2 Satz 2 BGB, wo das Untätigbleiben nach Ablauf einer bestimmten Frist als Verweigerung des Rechtsgeschäfts gilt, geht der Gesetzgeber im Regelfall davon aus, dass besondere Rechte wie das Anfechtungsrecht aktiv ausgeübt werden müssen (§ 143 Abs. 1 BGB). Es liegt also näher, das Vetorecht wie ein Gestaltungsrecht zu begreifen.[24] Schließlich wird damit deutlich, dass das Vetorecht mehr als eine einfache Gegenstimme ist. Es handelt sich also nicht um ein Zustimmungs-, sondern um ein Widerspruchsrecht.

2. Zeitbestimmungen nach § 163 BGB

Eingangs wurde herausgearbeitet, dass bei der Vereinbarung von Vetorechten auch besondere Varianten festgelegt werden können, etwa, dass ein Vetorecht durch Ablauf einer gewissen Zeit überwunden werden kann. Was kautelarjuristisch zunächst anspruchsvoll klingt, ist erneut leicht mit der Rechtsgeschäftslehre des BGB lösbar. § 163 BGB kennt Zeitbestimmungen und wendet für Anfangstermine die aufschiebende Bedingung nach § 158 Abs. 1 BGB, für Endtermine die auflösende Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB entsprechend an. Bezogen auf die Beschlussprozedur, bei der ein Vetorecht ausgeübt wurde, welches durch Ablauf einer be-

[22] *Engelhardt*, Das Vetorecht im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, ArchVR 10/4, 377.

[23] Vgl. *Engelhardt*, Das Vetorecht im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, ArchVR 10/4, 377, 378, der mit diesem Gedanken zwischen Zustimmung und Widerspruch unterscheidet.

[24] Deshalb liegt es eher fern, dass der Versammlungsleiter nach einem gefassten Beschluss beim Inhaber eines Vetorechts nachfragen muss, ob letzterer sein Vetorecht ausüben will. Auch sonst müssen Personen im Rechtsverkehr nicht nachfragen, ob der Inhaber eines Gestaltungsrechts – etwa bei einer Aufrechnung oder Kündigung – sein Gestaltungsrecht nutzen will.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stimmten Zeit überwunden werden kann, würde also die Ausübung des Vetorechts zunächst dazu führen, dass nach § 158 Abs. 2 BGB der Beschluss keine Wirkung entfaltet. Nach Ablauf der Wartezeit würde die Wirkung des Beschlusses aber entsprechend §§ 163, 158 Abs. 1 BGB eintreten.

3. Eingeschränkte Beschlusskompetenz und Beschlussfassung unter auflösender Bedingung

Vergleichbar der in § 12 III. 3. vorgestellten Kombination aus eingeschränkter Beschlusskompetenz und aufschiebender Bedingung i. S. v. § 158 Abs. 1 BGB gilt auch beim Vetorecht, dass die *Beschlusskompetenz* bei Beschlussgegenständen, für die das Vetorecht besteht, *grundsätzlich eingeschränkt* ist. Die Organwalter können also den Beschluss ausschließlich auflösend bedingt fassen. Die Organwalter verfügen hingegen über keine Beschlusskompetenz, den Beschluss unbedingt zu fassen.

Die Lösung liegt, wie in § 12 III. 3., weder nur auf Ebene der Beschlusskompetenz, da damit alleine nicht zu lösen wäre, dass das Rechtsgeschäft mit der Beschlussverkündung zustande kommt, allerdings nach dem Bedingungseintritt (Ausübung des Vetos) keine Rechtswirkungen mehr entfalten kann, noch liegt die Lösung allein bei der auflösenden Bedingung, da dies suggerieren würde, dass die Organwalter die Beschlussfassung auch unbedingt vornehmen könnten. Diese Rechtsmacht haben die Organwalter jedoch nicht. Nur die Kombination beider Erkenntnisse – die Beschlusskompetenz ist bei Beschlussgegenständen, für die ein Vetorecht besteht, eingeschränkt und die Beschlussfassung ist grundsätzlich auflösend bedingt – vermag die Dogmatik des Vetorechts zu erklären.

III. Bis zu welchem Zeitpunkt können Vetorechte ausgeübt werden?

Gerade weil die Ausübung von Vetorechten und das damit einhergehende Verschieben des Kräfteverhältnisses auch atmosphärische Auswirkungen haben kann, ist es durchaus denkbar, dass Organwalter, denen ein Vetorecht zusteht, dieses nur dann ausüben, wenn anders der Beschluss nicht zu verhindern ist. Erreicht beispielsweise ein Beschlussantrag schon nicht die erforderliche Mehrheit, gibt es nicht nur keinen Bedarf für die Ausübung des Vetorechts, ein gleichwohl erklärtes Veto wäre geradezu wie das Schießen mit Kanonen auf Spatzen. Ganz ähnlich klingt diese Wertung bei Habersack an, wenn er den Stichentscheid[25] des Aufsichtsratsvorsitzenden nach § 29 Abs. 2 MitbestG so erörtert, dass überhaupt mal ein Beschlussantrag abgelehnt worden sein muss, bevor für das Sonderrecht des Stichentscheids Raum sei.[26] Bei einer offenen Abstimmung in einem überschaubaren Kreis an Or-

[25] Auch *Seidel*, Vetorecht eines Vorstandsmitglieds, 2018, S. 10 sieht Gemeinsamkeiten zwischen Veto und Stichentscheid.

[26] *Habersack*, in: Habersack/Henssler, MitbestG, 4. Aufl. 2018, § 29 Rn. 11.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ganwaltern wird der Inhaber eines Vetorechts typischerweise das Sonderrecht vor der Beschlussverkündung geltend machen. Lässt man die abgegebenen Stimmen als Willenserklärungen wirksam, hat der Versammlungsleiter nun einen Negativbeschluss zu verkünden. Seidel scheint dies ähnlich zu sehen, wenn er konkludiert, dass das innerhalb des Abstimmungsverfahrens ausgeübte Veto „schon eine positive Beschlussfassung verhindert".[27] Diese Sichtweise ist vorteilhafter im Vergleich zu dem radikaleren Schritt, den abgegebenen Stimmen die Wirksamkeit zu nehmen. Zwar erscheint es nicht gänzlich abwegig, das Vetorecht wiederum als Willenserklärung anzusehen, das den Negativbeschluss als Rechtsgeschäft tragen kann. Die Annahme, dass die Willenserklärungen ihre Wirksamkeit verlören, lässt sich aber mit der Rechtsgeschäftslehre schwerer begründen. Denn insbesondere nach der Norm des § 158 Abs. 2 BGB endigt nur die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, nicht aber die Wirksamkeit der Willenserklärungen. Es wäre allenfalls denkbar, § 158 Abs. 2 BGB entsprechend auf die Willenserklärungen anzuwenden, um den einmal wirksam abgegebenen Stimmen wieder ihre Wirksamkeit zu nehmen. Besonders überzeugend scheint das aber nicht zu sein, setzen doch all jene Normen wie §§ 108, 125, 142, 177, 314, 346, 355 BGB stets beim Rechtsgeschäft und nicht bei den zugrunde liegenden Willenserklärungen an. Daher erscheint es dogmatisch stabiler, die Wirksamkeit der Stimmabgaben unberührt zu lassen und den Versammlungsleiter aufgrund des ausgeübten Vetorechts verpflichtet zu sehen, nun einen Negativbeschluss verkünden zu müssen. Das Vetorecht setzt damit auf Ebene des Zustandekommens des Beschlusses an.[28] Einzuräumen ist aber auch hier, dass die Begründung, warum der Versammlungsleiter einer solchen Pflicht unterliegt, nicht auf der offenen Hand liegt. Man wird diese Pflicht schlicht aus der Funktion als Versammlungsleiter ableiten müssen, auch wenn in der Rechtsordnung jedwede Kodifizierung zu dieser Pflicht fehlt.

Wenn aber in bestimmten Situationen ein Organwalter, dem ein Vetorecht zusteht, nicht absehen kann, ob ein Beschluss die erforderliche Mehrheit erreicht, stellt sich die Frage, ob Vetorechte auch noch nach der Beschlussverkündung ausgeübt werden können. In Kollektivorganen, in denen eine große Anzahl von Organwaltern abstimmt – zu denken ist etwa an eine große Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft oder die Versammlung einer großen Gemeinschaft der Wohnungseigentümer –, kann zwischen Abgabe der Stimmen und der Feststellung des Abstimmungsergebnisses und der anschließenden Verkündung des Beschlusses ohne Weiteres eine Stunde oder mehr Zeit vergehen. Vor der Verkündung des Beschlusses weiß der Organwalter also nicht, ob er sein Vetorecht benötigt oder nicht. Nicht anders ist die Situation in Kollektivorganen, in denen – sollte das möglich sein – verdeckt abgestimmt wird. Sieht oder hört der Organwalter nicht, wie die übrigen Organwalter abstimmen, kann er ebenfalls bis zur Feststellung des Abstimmungs-

[27] *Seidel*, Vetorecht eines Vorstandsmitglieds, 2018, S. 10.

[28] *Seidel*, Vetorecht eines Vorstandsmitglieds, 2018, S. 10 („liegt es daher nahe, dass das Vetorecht ebenfalls die Voraussetzungen für das Zustandekommen eines positiven Beschlusses determiniert").

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ergebnisses und Verkündung des Beschlusses nicht absehen, ob er sein Vetorecht ausüben muss, um den Beschluss zu verhindern.

Würde man in diesen Fällen annehmen, dass Vetorechte nur bis zur Verkündung des Beschlusses und damit bis zur Entstehung des Rechtsgeschäfts ausgeübt werden können, würde die oben herausgearbeitete Beschlussprozedur zu einem sehr frühen Zeitpunkt grundlegend modifiziert. Es würde sich dann meist nicht lohnen, eine mitunter sehr aufwendige Abstimmung durchzuführen – man denke erneut an große Hauptversammlungen, auf denen Dutzende Helfer Stimmkarten einsammeln und mithilfe von Zählmaschinen auswerten –, wenn der Versammlungsleiter vor der Verkündung das Ausüben von Vetorechten prüfen müsste. Es wäre dann sinnvoller, die Beschlussprozedur damit zu beginnen, dass der Versammlungsleiter nach dem Aufrufen des Beschlussgegenstands abfragt, ob ein Vetorecht ausgeübt wird, jedenfalls aber diese Frage stellt, wenn die Aussprache zu diesem Beschlussgegenstand abgeschlossen ist. Wird das Vetorecht dann ausgeübt, erübrigt sich die weitere Abstimmung. Neben dem dogmatischen Nachteil, dass die Beschlussprozedur damit modifiziert würde, was nach der hier vorgeschlagenen Sichtweise grundsätzlich vermieden werden soll, müsste ein Organwalter, dem ein solches Sonderrecht zusteht, stets sein starkes Sonderrecht einsetzen, obwohl womöglich der Beschluss schon mangels erreichter Mehrheit nicht wie beantragt gefasst worden wäre.

Erlaubt man stattdessen, dass Vetorechte sowohl vor als auch nach der Beschlussverkündung geltend gemacht werden können, ist zunächst festzustellen, dass die Ausübung des Vetorechts nach Verkündung des Beschlusses ein schon in der Welt befindliches Rechtsgeschäft betrifft. Um nun eine stabile Dogmatik zu finden, wie die Wirksamkeit dieses Beschlusses wieder beseitigt werden kann, ist auf die oben genannte auflösende Bedingung nach § 158 Abs. 2 BGB zurückzugreifen. Dies ist schon deshalb zwingend, da die Beschlusskompetenz bei Beschlüssen, für die ein Vetorecht besteht, eingeschränkt ist. Es muss die Beschlussfassung also auflösend bedingt vorgenommen werden.

Kritiker dieser Lösung könnten einwenden, dass der Beschluss als Rechtsgeschäft damit zunächst Rechtswirkung entfaltet und die Wirkung des Rechtsgeschäfts erst endigt, wenn die Bedingung eintritt. § 158 Abs. 2 BGB geht also von einer *ex nunc* und nicht von einer *ex tunc* Wirkung aus.[29] Dieser Einwand wäre isoliert betrachtet richtig. Allerdings ist es ausweislich § 159 BGB möglich, mittels schuldrechtlicher Regelung davon abzuweichen und eine Rückbeziehung zu vereinbaren. Zudem hat es derjenige Organwalter, dem ein Vetorecht zusteht, selbst in der Hand, die Zeitspanne zwischen der Verkündung des Beschlusses und dem Ende der aus diesem Beschluss folgenden Rechtswirkung möglichst kurz zu halten, also das Vetorecht unverzüglich nach Verkündung des Beschlusses auszuüben.

Erkennt man folglich an, dass es Vetorechte gibt und diese Sonderrechte vor oder nach der Verkündung des Beschlusses ausgeübt werden können, verbleibt die Frage,

[29] *Dörner*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 158 Rn. 9.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ob Vetorechte auch noch *längere Zeit* nach Verkündung des Beschlusses ausgeübt werden können. Abwegig ist diese Frage schon deshalb nicht, da § 158 Abs. 2 BGB keine Frist vorschreibt, mithin die auflösende Bedingung auch noch deutlich später nach Entstehung des Rechtsgeschäfts eintreten kann. Hier scheinen insbesondere zwei Ansätze denkbar zu sein.

Zum einen wäre denkbar, dass Vetorechte stets unverzüglich im Sinne von § 121 BGB ausgeübt werden müssen, mithin ohne schuldhaftes Zögern nach der Verkündung des Beschlusses. Zu stützen wäre dieser Ansatz auf die zwischen den Organwaltern typischerweise bestehende Treuepflicht. Die übrigen Organwalter vertrauen ab der Verkündung auf die Wirksamkeit des Beschlusses durch den Versammlungsleiter und sind insoweit schutzbedürftig. Andererseits ist zuzugeben, dass eine zeitliche Begrenzung einer Rechteausübung typischerweise mit einer Rechtsnorm geregelt ist, wie das bei § 121 BGB der Fall ist. Keine Bedenken bestehen jedenfalls insoweit, dass die Ausübung eines Vetorechts im Einzelfall treuwidrig, weil zu spät, sein kann. Das wäre allerdings keine Besonderheit des Vetorechts, sondern eine übliche Ausprägung der Treuepflicht, die sowohl zu einem Unterlassen als auch aktiven Tun verpflichten kann[30]. Zu denken wäre etwa an Fälle, in denen nach der Verkündung des Beschlusses das ausführende Organ für alle Organwalter ersichtlich mit der Umsetzung beginnt und nun Kosten auslöst. Wartet der Organwalter, dem das Vetorecht zusteht, bewusst bis zur Beschlussausführung, bevor er sein Vetorecht ausübt, handelt er treuwidrig.[31]

Der zweite Ansatz betrifft die allgemeine Höchstgrenze durch Verwirkung eines Rechts. Auch das ist letztlich keine Besonderheit des Vetorechts, sondern ein allgemein anerkannter Grundsatz, der freilich die bekannte Schwäche hat, dass abstrakt kaum zu definieren ist, wann das Zeit- und Umstandsmoment einer Verwirkung erfüllt ist.

IV. Stimmverbote und Vetorechte

Nicht in allen Gesetzen über Kollektivorgane ist auch geregelt, wann Organwalter einem Stimmverbot unterliegen. Im GmbH-Recht regelt § 47 Abs. 4 GmbHG vier Stimmverbote. Ein Gesellschafter, welcher durch die Beschlussfassung entlastet oder von einer Verbindlichkeit befreit werden soll, hat hierbei kein Stimmrecht und darf ein solches auch nicht für andere ausüben. Dasselbe gilt für eine Beschlussfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits gegenüber einem Gesellschafter betrifft. § 136 Abs. 1 AktG enthält – mit Ausnahme der Fallgruppe „Vornahme eines Rechtsgeschäfts“ –

[30] Überblick etwa bei *Schubert*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 242 Rn. 82.

[31] Vgl. aus dem öffentlichen Recht *Engelhardt*, Das Vetorecht im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, ArchVR 10/4, 377, 383 ff., 393 ff., der weitere Beispiele nennt, wann Vetorechte beschränkt werden können.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

die gleichen Stimmverbote. Auch ohne ausdrückliche Regelung ist anerkannt, dass ein Stimmverbot aus dem allgemeinen Prinzip herrührt, dass niemand Richter in eigener Sache sein kann.[32]

Die Kombination von Stimmverbot und Vetorecht wirft eine interessante Frage auf:[33] Kann ein Organwalter, der einem Stimmverbot unterliegt, auch das Vetorecht nicht mehr ausüben oder besteht das Vetorecht selbst im Falle eines Stimmverbots fort? Versteht man das Vetorecht als Sonderrecht, welches an das Stimmrecht des Organwalters anknüpft, lässt sich bildlich sagen, dass im Falle eines Stimmverbots die Grundlage für das Stimmrecht und damit auch für das Vetorecht fehlt. Anders gewendet kann ein Vetorecht nicht bestehen, wenn schon das zugrunde liegende Stimmrecht nicht besteht. Für dieses Verständnis spricht nach Sinn und Zweck auch, dass im Falle eines Stimmverbots das Stimmrecht typischerweise deshalb ausgeschlossen ist, weil die Gefahr besteht, dass der Organwalter nicht so frei abstimmen kann wie ein unbeteiligter Organwalter. Diese Gefahr wird man auch bei der Ausübung des Vetorechts annehmen dürfen, weshalb das Stimmverbot nach Sinn und Zweck auch auf das Vetorecht durchschlägt. Ein letztes Argument folgt aus dem Erst-Recht-Schluss: Besteht schon nicht das einfache Stimmrecht, kann erst recht das besondere Vetorecht nicht bestehen. Folglich ist zwischen Stimmverbot und Vetorecht ein enger Zusammenhang zu sehen. Das Stimmverbot färbt auf das Vetorecht ab („Abfärbewirkung“).

V. Stimmrechtsbindung und Vetorechte

Eine Stimmrechtsbindung meint eine Vereinbarung zwischen einem Organwalter und einem anderen Organwalter oder einem Dritten, die das Stimmverhalten zum Gegenstand hat. Aus § 136 Abs. 2 AktG ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber Stimmrechtsbindungen kennt und akzeptiert, allerdings nicht grenzenlos. Beispielsweise ist ein Vertrag, durch den sich ein Aktionär verpflichtet, nach Weisung der Gesellschaft, des Vorstands oder des Aufsichtsrats der Gesellschaft oder nach Weisung eines abhängigen Unternehmens das Stimmrecht auszuüben, nichtig. Ebenso ist ein Vertrag nichtig, durch den sich ein Aktionär verpflichtet, für die jeweiligen Vorschläge des Vorstands und des Aufsichtsrats der Gesellschaft zu stimmen.

[32] Exemplarisch BGH, Urt. v. 01.04.1953 – II ZR 235/52, NJW 1953, 780, 784; *Trölitzsch*, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, S. 117, 135. Ausführlich zu Stimmverboten bei Betriebsratsbeschlüssen *Thüsing*, in: Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 33 Rn. 9, 23; *Mauer*, in: BeckOK Arbeitsrecht, 55. Ed. 01.03.2020, § 33 BetrVG Rn. 8.

[33] Für den UN-Sicherheitsrat hat *Engelhardt*, Das Vetorecht im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen, ArchVR 10/4, 377, 399 diese Frage aufgeworfen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Andere Formen der Stimmrechtsbindung sind allerdings möglich.[34] Grenzen sind erst dann wieder erreicht, wenn diese Stimmrechtsbindungen die Treuepflicht zwischen den Organwaltern oder gegenüber dem Verband verletzen, Stimmrechtsverbote umgehen oder die in § 136 Abs. 2 AktG genannten Verbote unterlaufen.[35]

Fraglich ist nun, ob eine Stimmrechtsbindung auch umfassen kann, ein dem Organwalter zustehendes Vetorecht in einer bestimmten Weise auszuüben oder nicht auszuüben. Führt man sich wieder die eingangs gemachte Bemerkung vor Augen, dass die Ausübung von Vetorechten häufig atmosphärische Folgen hat, ist ein gewisses Störgefühl nicht von der Hand zu weisen, da dieses einflussreiche Vetorecht nunmehr ein Dritter kontrollieren könnte.

Dogmatisch ist die Frage gleichwohl zu bejahen. Da das Vetorecht ein Sonderrecht ist, das an das Stimmrecht des Organwalters anknüpft, muss zunächst die Frage beantwortet werden, ob das Stimmrecht durch einen anderen Organwalter oder Dritten ausgeübt und beeinflusst werden kann. Bejaht man eine solche Einflussnahme im Wege des Stimmbindungsvertrags, gilt das auch für Sonderrechte wie das hinzukommende Vetorecht, die auf das Stimmrecht aufbauen. Damit ist es denkbar, dass sogar ein Dritter den Organwalter anweist, das Vetorecht in einer bestimmten Art und Weise auszuüben.

Für die Gestaltung und Auslegung von Stimmbindungsverträgen gilt schließlich, dass zwischen Organwalter und dem Dritten vereinbart werden kann, dass der Vertrag nur das allgemeine Stimmrecht, nicht aber das Vetorecht umfasst. Der Organwalter hat also selbst in der Hand, inwieweit er seine Rechtsposition aus der Hand gibt. Wenn allerdings ein Stimmbindungsvertrag nicht zwischen dem allgemeinen Stimmrecht und dem Vetorecht differenziert, umfasst die Stimmbindung im Grundsatz beides: allgemeines Stimmrecht und Vetorecht als das darauf aufbauende Sonderrecht.

VI. Rechtsmissbrauch und Vetorechte

Nach alldem verbleibt die Frage, ob die Ausübung eines Vetorechts rechtsmissbräuchlich sein kann oder ob ein Rechtsmissbrauch aufgrund des Wesens eines Vetorechts als zugebilligtes „torpedierendes" Widerspruchsrecht eher fernliegend ist.

---

[34] Siehe aus der reichhaltigen Rechtsprechung etwa BGH, Urt. v. 29.05.1967 – II ZR 105/66, BGHZ 48, 163, 166 ff., NJW 1967, 1963; BGH, Urt. v. 20.01.1983 – II ZR 243/81, NJW 1983, 1910, 1911; BGH, Urt. v. 27.10.1986 – II ZR 240/85, NJW 1987, 1890, 1892; OLG Stuttgart, Beschl. v. 20.02.1987 – 2 U 202/86, NJW 1987, 2449; OLG Düsseldorf, Urt. v. 08.06.1989 – 6 U 223/88, NJW 1990, 1122 (alle zur GmbH); *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 378; zum Aktienrecht etwa *Heider*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2016, § 12 Rn. 22; zum Verein *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 104; *Psaroudakis*, in: Heidel/Schall, HGB, 3. Aufl. 2019, § 119 Rn. 5.

[35] Vgl. *Heider*, in: MüKoAktG, 4. Aufl. 2016, § 12 Rn. 22.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Das Bürgerliche Gesetzbuch versucht an verschiedenen Stellen, Rechtsmissbrauch zu verhindern. Neben dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB kann auch das Schikaneverbot aus § 226 BGB relevant werden, wonach die Ausübung eines Rechts unzulässig ist, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen. Im Grundsatz kann jedenfalls kaum ein starkes Argument ins Feld geführt werden, weshalb diese allgemeinen Grundsätze nicht auch auf Vetorechte Anwendung finden sollten. Damit kann die Ausübung eines Vetorechts im Einzelfall also treuwidrig bzw. nach § 226 BGB unzulässig sein.

Im Detail ist die Sache jedoch schwerer zu beurteilen. Dogmatisch ist nämlich zu fragen, ob für die Ausübung des Stimmrechts[36] und die Ausübung des Vetorechts die gleichen oder aber unterschiedliche Maßstäbe gelten, weil das Vetorecht wesensbedingt ein Sonderrecht ist und dieses gewolltermaßen auf einen Widerspruch angelegt ist. Die Frage hat erst in den letzten Jahren an Brisanz gewonnen, nachdem sich bei verschiedenen Kollektivorganen die Erkenntnis durchgesetzt hat, dass Organwalter nicht grundsätzlich und ausnahmslos so abstimmen dürfen, wie sie es für richtig halten,[37] vielmehr in bestimmten Situationen einer positiven oder negativen Stimmpflicht unterliegen,[38] mithin nur die Abstimmung in einer bestimmten Art und Weise pflichtgemäß ist. Wenn man – wie hier – das Vetorecht an das Stimmrecht anknüpft und als Sonderrecht auf das allgemeine Stimmrecht aufbaut, erscheint es nur konsequent, auch bei Vetorechten eine grenzenlose Freiheit abzulehnen. Anders gewendet bedeutet dies, dass, wenn eine Stimmabgabe treuwidrig ist, auch die Ausübung des Vetorechts treuwidrig wäre. Es wäre ein logischer Bruch, wenn ein Organwalter einer positiven Stimmpflicht unterliegen würde, seine Gegenstimme also treuwidrig wäre, und für die Ausübung des Vetorechts andere Maßstäbe gelten würden. Wenn also der Ansatz richtig ist, dass Organwalter nicht immer und stets so

[36] Beispiele für treuwidriges Abstimmungsverhalten finden sich etwa bei *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 374.

[37] So über Jahrzehnte aber noch der Grundsatz in Rechtsprechung und Lehre: BGH, Urt. v. 24.04.1958 – VII ZR 194/57, BeckRS 1958, 31196376 („abzustimmen, wie er es für richtig hält"); ebenso KG, Urt. v. 30.11.1990 – 24 W 3939/90, NJW-RR 1991, 402: „Die Wohnungseigentümer können in der Versammlung frei entscheiden, wie sie ihre Stimme abgeben wollen" (dort auch noch mit der heute überholten Auffassung „Daneben ist eine Schadensersatzhaftung der Wohnungseigentümer untereinander für die Abgabe einer Stimme in dem einen oder anderen Sinne nicht anzuerkennen"). Ferner zu diesem Grundsatz etwa OLG München, Urt. v. 14.08.2014 – 23 U 4744/13, GmbHR 2015, 84: Jeder dürfe das ihm zustehende Stimmrecht nach Belieben ausüben (später aufgehoben vom BGH, Urt. v. 12.04.2016 – II ZR 275/14, NZG 2016, 781); *M. Müller*, ZWE 2017, 395. Aus dem gesellschaftsrechtlichen Schrifttum *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 91: „Gesellschafter […] können entsprechend ihrer Auffassung und ihren Interessen abstimmen (Freiheit der Stimmausübung)". Siehe nun aber zur neueren Sichtweise, wonach das Stimmverhalten haftungsbegründend sein kann, die Nachweise sogleich.

[38] Eine Übersicht über mögliche Stimmpflichten mitsamt Beispielen aus der Rechtsprechung findet sich für das GmbH-Recht etwa bei *Schnüttgen*, in: Rauch/Schnüttgen, Die Gesellschafterversammlung der GmbH, 2013, Rn. 375. Aus dem Recht der Personengesellschaften siehe etwa *Psaoudakis*, in: Heidel/Schall, HGB, 3. Aufl. 2019, § 119 Rn. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

abstimmen können, wie sie es für richtig halten, sondern in bestimmten Situationen nur ein bestimmtes Stimmverhalten pflichtgemäß ist, kann auch ein Vetorecht nicht immer und stets so ausgeübt werden, wie der Organwalter es für richtig hält.

Wer diesen Schritt mitgeht, wird keine Bedenken haben, auch die folgende Frage entsprechend zu beantworten: Wenn für die konkrete Ausübung des Stimmverhaltens der Organwalter persönlich haften kann, muss das dann nicht auch für die Ausübung eines Vetorechts gelten? Kann die Ausübung eines Vetorechts also eine Pflichtverletzung im Sinne des Schadensersatzrechts darstellen, die zu einer persönlichen Haftung des Organwalters führen kann? Es drängt sich geradezu auf, die Frage zu bejahen. Freilich ist das Vetorecht als besonders starkes Sonderrecht darauf angelegt, Mehrheitsverhältnisse zu blockieren. Natürlich ist das Vetorecht ein exponiertes Recht, welches seinem Organwalter eine privilegierte Stellung einräumt. Vetorechte können jedoch nicht im rechtsfreien Raum ausgeübt werden. Erkennt man im Grundsatz die Haftung der Organwalter für ihr Stimmverhalten an,[39] muss im Grundsatz auch die Haftung der Organwalter für ausgeübte Sonderrechte bejaht werden. Beruhigend ist allerdings einzuräumen, dass es besondere Fallkonstellationen sein müssen, in denen die Ausübung des Vetorechts – trotz seines Charakters als Widerspruchsrecht – pflichtwidrig und damit haftungsbegründend sein kann.

Ein abschließendes Beispiel kann helfen, das Spannungsverhältnis zu verdeutlichen: Der Wohnungseigentümer A hatte das Gebäude errichtet, das Eigentum an dem Grundstück in Miteigentumsanteile geteilt und an jedem Anteil Sondereigentum an einzelnen Wohnungen zugeordnet. Nunmehr hält er selbst 250/1000tel, die Wohnungseigentümer B, C und D ebenfalls jeweils 250/1000tel. In der Gemeinschaftsordnung sind für Angelegenheiten der Instandhaltung und Instandsetzung (§ 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG) Beschlussfassungen durch Stimmenmehrheit vorgesehen, wobei das Kopfprinzip gilt (§ 25 Abs. 1 und 2 WEG).[40] Ebenfalls in der Gemeinschaftsordnung festgelegt ist, dass A, solange er Mitglied der Gemeinschaft ist, bei Fragen der Instandhaltung und Instandsetzung ein persönliches Vetorecht zusteht. Auf der Tagesordnung der Wohnungseigentümerversammlung stehen zwei Maßnahmen. Bei Tagesordnungspunkt 1 geht es um die Nordwand des Gebäudes, die aufgrund einer im Laufe der Jahre stark gewachsenen Eibe fast vollständig verdeckt wird und daher ständig kühler ist als die übrigen Gebäudeteile, weshalb sich an der Nordwand *in geringem Maße* Wasserkondensat bildet. Bei Tagesordnungspunkt 2 geht es um die Erneuerung der Abdichtung des Fundaments, das im Laufe der Jahre

[39] So nun etwa im Wohnungseigentumsrecht die neuere Sichtweise in Rechtsprechung und Schrifttum BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2013, 53; BGH, Urt. v. 23.02.2018 – V ZR 101/16, NJW 2018, 2550; *Skauradszun*, NZM 2015, 273; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 37.

[40] Die Beschlussfassung über die ordnungsmäßige Erhaltung des gemeinschaftlichen Eigentums soll nach dem WEMoG (RegE vom 23.03.2020) künftig in § 19 Abs. 2 Nr. 2 WEG-E geregelt werden. Das Kopfprinzip wäre weiterhin in § 25 Abs. 2 Satz 1 WEG normiert, nach Abs. 1 würde bei der Beschlussfassung grundsätzlich die Mehrheit der abgegebenen Stimmen entscheiden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Risse in der Isolierung bekommen hat, weshalb die Nordwand aus dem Erdreich Wasser zieht und im Erdgeschoss großflächig Schimmel entstanden ist. Die Wohnung des A ist die einzige, die nicht zumindest einen Raum hat, der an die Nordwand anschließt. In der Wohnungseigentümerversammlung stimmen B und C bei Tagesordnungspunkt 1 für das Fällen der Eibe, D enthält sich. A stimmt dagegen. Als der Verwalter feststellt, dass zwei Stimmen für das Fällen der Eibe und eine Stimme dagegen abgegeben wurden, macht A von seinem Vetorecht Gebrauch, weshalb der Versammlungsleiter verkündet, dass kein positiver Beschluss gefasst wurde. Hintergrund für die Gegenstimme und das ausgeübte Vetorecht von A ist, dass dieser bei Erwerb des Grundstücks selbst die Eibe gepflanzt hatte und emotional an diesem Baum hängt. Bei Tagesordnungspunkt 2 stimmen B, C und D für die Erneuerung der Abdichtung des Fundaments an der Nordseite, A stimmt dagegen. Bevor der Versammlungsleiter den Beschluss verkünden kann, übt A erneut sein Vetorecht aus, weshalb der Versammlungsleiter verkündet, dass kein positiver Beschluss gefasst wurde.

Die Rechtslage stellt sich nun so dar, dass A bei Tagesordnungspunkt 1 sein Stimmrecht und sein Vetorecht rechtmäßig ausgeübt hat. Es mag sein, dass gute Gründe für das Fällen der Eibe sprechen, mitunter sogar das Stehenlassen der Eibe irrational ist. Da an der Nordwand aber nur in geringem Maße Wasser kondensiert, ist die Ausübung des Vetorechts *noch nicht* rechtsmissbräuchlich. Sollten B und C den Negativbeschluss anfechten und zudem beantragen, dass das Gericht stattdessen den gewünschten Positivbeschluss in die Welt setzt,[41] wäre diese Klage unbegründet, da auch das Gericht das Sonderrecht des A zu beachten hätte. Bei Tagesordnungspunkt 2 hingegen war nur *eine* Entscheidung pflichtgemäß, nämlich die Abdichtung des Fundaments instand zu setzen, sodass schon die Gegenstimme pflichtwidrig war. Ist schon die einfache Gegenstimme pflichtwidrig, kann das flankierende Vetorecht nicht pflichtgemäß sein. Die Ausübung des Sonderrechts war hier also treuwidrig. Sollten B, C und D den Negativbeschluss anfechten und zugleich beantragen, dass das Gericht einen Positivbeschluss konstituiert, wäre diesen Klageanträgen stattzugeben. Das Vetorecht wurde treuwidrig ausgeübt und steht der Entscheidung des Gerichts nicht entgegen, nun den gewünschten Positivbeschluss in die Welt zu setzen. Sollte B, C oder D zwischen der Wohnungseigentümerversammlung und der rechtskräftigen Entscheidung des Gerichts ein Schaden entstanden sein, müsste A persönlich für diesen haften.[42]

[41] Zu der Frage, welche Klageart für diesen zweiten Klageantrag statthaft ist, siehe § 4 II. 3. c).

[42] Zur Haftung für das Stimmverhalten in der Wohnungseigentümerversammlung siehe noch ausführlich in § 16 III.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 15 Geheime Stimmabgaben

Gibt es beim Vertragsschluss geheime Willenserklärungen? Diese Frage scheint bei Verträgen geradezu absurd. Niemand würde nach einer Verhandlung über einen Vertrag vorschlagen, die beiden Willenserklärungen zum Vertragsschluss nun geheim abgeben zu wollen. Die Rechtsgeschäftslehre konzentriert sich auf den Vertrag und hat als Regelfall einen Antragenden und einen Annehmenden vor Augen (§§ 145, 147 BGB). Wer nicht weiß, von wem er einen Vertrag angetragen bekommt, wird dieses Angebot meist nicht annehmen. Es liegt beim Vertragsschluss also fern, dass die ausgetauschten Willenserklärungen geheim abgegeben werden.

Mit viel Fantasie ist beim Vertragsschluss allenfalls an den Sonderfall des „Geschäfts für den, den es angeht" zu denken.[1] Das in § 164 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB geregelte Offenkundigkeitsprinzip verlangt normalerweise, dass ein Vertreter offenlegt, dass er für einen anderen handelt.[2] Vom Offenkundigkeitsprinzip wird eine Ausnahme zugelassen, wenn es sich um Massengeschäfte des täglichen Lebens wie etwa im Ladenverkauf handelt und daher die Vertretung überhaupt nicht offengelegt wird (verdecktes Geschäft) oder die Vertretung zwar zu erkennen gegeben wird, nicht aber die Person des Vertretenen (offenes Geschäft).[3] Obwohl der Vertreter in der ersten Variante die Stellvertretung sozusagen „verheimlicht", kommt der Vertrag des Dritten nicht mit dem Vertreter, sondern mit dem Vertretenen zustande. In der Variante des offenen Geschäfts lässt sich der Vertragspartner auf den geheim bleibenden Vertretenen ein, etwa weil das Rechtsgeschäft sofort abgewickelt wird.[4] Zuzugeben ist allerdings, dass auch der Sonderfall des Geschäfts für den, den es angeht beim Vertragsschluss nur in die Richtung einer geheimen Willenserklärung deutet, der Dritte aber zumindest weiß, von wem die Willenserklärung stammt, nämlich von der

[1] Ausführlich und mit einer Reihe von Beispielen *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 49 Rn. 47 ff.

[2] Zu diesem Grundprinzip etwa *Schubert*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 164 Rn. 24.

[3] *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 49 Rn. 48 und 50; *Dörner*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 164 Rn. 7. Zu den einzelnen Fallgruppen siehe *Schubert*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 164 Rn. 136 f.

[4] Man wird aber nicht grundsätzlich bei Auktionen oder Vertragsschlüssen nach dem eBay-Modell sagen können, dass dem Vertragspartner gleichgültig sei, wer die andere Willenserklärung abgegeben hat. Bei echten Versteigerungen im Sinne von § 156 BGB oder bei Plattformen wie eBay werden jedenfalls mit dem Vertragsschluss die Daten des jeweiligen Vertragspartners übermittelt, wozu neben den personenbezogenen Daten auch Bewertungen über das frühere Vertragsverhalten zählen können. Dies zeigt, dass durchaus von Relevanz ist, von wem die jeweilige Willenserklärung stammt. Siehe zu den Varianten dieser Art Vertragsschlüsse *Kröger/Grüter*, in: FormularBibliothek Zivilprozess, Schuldrecht, 3. Aufl. 2016, Teil 1 Kauf, § 7 Rn. 430 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Person, die das Geschäft vorgenommen hat. Der Blick auf die Rechtsgeschäftslehre des BGB spricht also deutlich dafür, dass dem BGB beim Vertragsschluss geheime Willenserklärungen fremd sind. Dies gilt für den Vertrag zwischen zwei Parteien genauso wie für den Vertrag zwischen drei und mehr Vertragspartnern. Die Frage nach geheimen Willenserklärungen ist beim Vertragsschluss damit sehr fernliegend. Man kann gar von einem Gebot der Logik sprechen, dass Willenserklärungen beim Vertragsschluss nicht geheim abgegeben werden können.

I. Geheime Stimmabgaben in der Beschlussprozedur

Wie verhält es sich aber beim Beschluss? Die Vermutung läge eigentlich nahe, dass beim Beschluss gleichfalls geheime Willenserklärungen keine Rolle spielen. Im Schrifttum werden geheime Stimmabgaben aber nicht nur vielerorts zugelassen,[5] sie sollen sogar grundsätzlich ein pflichtgemäßes Verfahren darstellen[6] und bei bestimmten Kollektivorganen wie dem Aufsichtsrat gar dem Regelfall entsprechen.

Die Antwort auf die gleiche Frage könnte beim Vertrag und beim Beschluss also nicht unterschiedlicher ausfallen. Da allerdings der Beschluss als Rechtsgeschäft auf der gleichen Rechtsgeschäftslehre fußt wie der Vertrag auch, interessiert besonders, wie die Autoren, die eine geheime Stimmabgabe für möglich halten, ihre Annahme begründen. Denn diese Autoren wollen etwas zulassen, was dem BGB im Ausgangspunkt fremd ist.

Zuvorderst ist daher ein Befund aufzustellen, wie die Zulässigkeit geheimer Stimmabgaben in den einzelnen Kollektivorganen begründet wird. Bei zwei Organen scheint das Schrifttum hierzu besonders ergiebig zu sein, nämlich bei der Wohnungseigentümerversammlung und beim Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft bzw. GmbH.[7] Am Ende des Befunds soll eine rechtsgebietsübergreifende Argumentationslinie herausgearbeitet werden, denn auch beim Themenkomplex der geheimen Stimmabgabe soll am Ende eine Lösung stehen, die für alle privatrechtlichen Kollektivorgane gleichermaßen anwendbar ist (dazu unter II.). Sodann ist dieser Befund

[5] Exemplarisch *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 39 und 134; *Busche,* in: FS Säcker, 2011, S. 45, 46; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 47 Rn. 52 (ebenso *Roth* bis zur 8. Aufl. 2015, § 47 Rn. 28). *Koch,* in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 108 Rn. 5 bezeichnet die geheime Abstimmung im Aufsichtsrat als „ganz herrschende Meinung". Siehe ferner die Nachweise aus dem Wohnungseigentumsrecht beim Befund in § 15 I. 1. Rechtsprechung zu geheimen Abstimmungen ist wenig bekannt geworden. In der Entscheidung BGH, Beschl. v. 15.09.1969 – AnwZ (B) 6/69, NJW 1970, 46 ging es zwar um die Wahl zu Vertretungsorganen von öffentlich-rechtlichen Standesorganisationen (hier: Vorstand der Rechtsanwaltskammer), der Senat für Anwaltssachen hat sich aber durchaus positiv gegenüber geheimen Abstimmungen geäußert (S. 47).

[6] *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 154.

[7] So für den Aufsichtsrat auch die Einschätzung von *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 148.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

kritisch zu würdigen (III.). Womöglich hat sich in Schrifttum und Praxis auch hier ein *modus operandi* entwickelt, der bei genauerer Durchsicht nicht zu überzeugen vermag. Unter Umständen kann aber eine Brücke zu denjenigen Autoren geschlagen werden, die sich für die Zulässigkeit von geheimen Stimmabgaben aussprechen. Ihrem Anliegen, bei der Abstimmung den Druck vom einzelnen Organwalter zu nehmen, kann vielleicht mit einem anderen Ansatz entsprochen werden, der die Interessen der Organwalter ausreichend berücksichtigt, mit der Rechtsgeschäftslehre aber besser vereinbar ist (IV.). Abschließend wäre zu fragen – sollten geheime Stimmabgaben unzulässig sein –, ob sich Versammlungsleiter pflichtwidrig verhalten, wenn diese in der Beschlussprozedur gleichwohl geheime Stimmabgaben zulassen (V.).

Das vorliegende Kapitel zu den geheimen Stimmabgaben bildet im Übrigen das Bindeglied zwischen den vorherigen Kapiteln (§§ 2–14) zur Rechtsgeschäftslehre und damit dem ersten Buch des BGB, sowie dem nachfolgenden Kapitel zur Haftung der Organwalter für ihr Stimmverhalten (§ 16) und damit dem zweiten Buch des BGB. Denn das nachfolgende Kapitel ist durch seinen Schwerpunkt im vertraglichen Schadensersatzrecht dem Schuldrecht zuzuordnen. Die im letzten Kapitel aufzuwerfenden Fragen nach einer persönlichen Haftung der Organwalter für ihr Stimmverhalten sind zwar Triebfeder gewesen, den Beschluss als Rechtsgeschäft und die Stimmabgaben als Willenserklärungen wieder mehr in den Blick zu nehmen,[8] sie machen aus praktischer Sicht jedoch nur dann Sinn, wenn überhaupt bekannt ist, wie der einzelne Organwalter abgestimmt hat. Denn im Falle von schuldhaften Pflichtverletzungen, die zu kausalen Schäden geführt haben, sollen von der Gemeinschaft bzw. vom Verband oder anderen Organwaltern typischerweise Schadensersatzansprüche gegen bestimmte Organwalter geltend gemacht werden.[9] Außerdem hat der Anspruchsteller bei vielen Schadensersatzanspruchsgrundlagen auch die Pflichtverletzung zu beweisen.[10] Sollten die abgegebenen Stimmen den Organwaltern allerdings nicht individuell zuzuordnen sein – weil im Kollektivorgan geheim abgestimmt wurde –, wäre die nachfolgende Untersuchung zur Haftung allenfalls noch akademisch von Interesse, praktisch aber in vielen Fällen bedeutungslos.[11] Sollte sich rechtsgebietsübergreifend der im nachfolgenden Kapitel betrachtete Trend verfestigen, dass Organwalter für ihr Stimmverhalten persönlich

[8] Vgl. die Einführung in § 1.

[9] Zum Sonderfall, dass Drittgläubiger bei geheimen Stimmabgaben Ansprüche gegen Organwalter geltend machen wollen, siehe *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 160.

[10] So gilt dies insbesondere für § 280 Abs. 1 BGB, auf den sich die nachfolgenden Ausführungen, insbesondere aber das Kapitel § 16 konzentrieren. Siehe noch zu Anspruchsgrundlagen, bei denen die Pflichtverletzung – und damit die pflichtwidrige Stimmabgabe – vermutet wird, den unten in § 15 IV. genannten § 93 Abs. 2 AktG und ausführlich zu § 93 Abs. 2 AktG bei der geheimen Stimmabgabe *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 140 ff.

[11] Dieser praktische Aspekt wird von *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 105 nicht hinreichend bedacht, wenn es dort heißt, dass die „Verfolgung von Schadensersatzansprüchen […] nicht an eine offene Abstimmung geknüpft" sei.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

haften können, würden Organwalter – um diesem Haftungsrisiko zu entgehen – in der jeweiligen Satzung oder Geschäftsordnung[12] der Gemeinschaft bzw. des Verbands regeln, dass grundsätzlich nur geheim abgestimmt wird. Dann wäre ein etwaiger Schadensersatzanspruch häufig faktisch nicht durchsetzbar, weil der richtige Anspruchsgegner nicht ermittelt werden kann.[13] Allenfalls bei rechtswidrigen Beschlüssen, die einstimmig von allen anwesenden Organwaltern gefasst wurden, wäre eine Zuordnung möglich.

II. Befund zu geheimen Stimmabgaben bei den jeweiligen Kollektivorganen

1. Wohnungseigentümer- und vereinsrechtliche Mitgliederversammlung

Das Wohnungseigentumsgesetz äußert sich zur Art und Weise der Abstimmung nicht.[14] Es obliegt daher den Wohnungseigentümern, in der Gemeinschaftsordnung Art und Weise der Abstimmung festzulegen. Ohne eine solche Regelung falle die Art und Weise der Abstimmung in die Zuständigkeit des Versammlungsleiters in der konkreten Versammlung.[15]

Soweit ersichtlich, liegt noch keine Rechtsprechung zu der Frage vor, ob Wohnungseigentümer geheim abstimmen können. Im Schrifttum scheint sich als herrschende Meinung durchgesetzt zu haben, dass geheime Stimmabgaben zulässig seien.

Die Vertreter der herrschenden Meinung sprechen sich deshalb für eine geheime Stimmabgabe aus, da damit ungestört die Willensbildung im Kollektivorgan ermöglicht werde. Die Wohnungseigentümer sollten vor dem etwaigen Druck anderer

[12] Oder die Organwalter fassen in jeder Versammlung mit einfacher Mehrheit einen entsprechenden Geschäftsordnungsbeschluss, vgl. *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 108.

[13] Richtiger Anspruchsgegner wäre derjenige, der eine Pflicht verletzt hat. Damit muss der Kläger ein pflichtwidriges Stimmverhalten nachweisen (zur Bestimmung des richtigen Anknüpfungspunkts für die Pflichtverletzung ausführlich noch in § 16 II. 1.). Für diesen Beweisantritt gelten die fünf Strengbeweismittel der ZPO, von denen vier in der vorliegenden Situation nicht oder kaum in Betracht kommen (Beweis durch Augenschein, Zeugenbeweis, Beweis durch Sachverständige und Beweis durch Urkunden, §§ 371 – 444 ZPO) und der vorrangig denkbare Beweis durch Parteivernehmung (§§ 445 ff. ZPO) in der Praxis sehr kritisch bewertet wird (Überblick bei *Huber*, in: Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 445 Rn. 1).

[14] Vgl. *Engelhardt,* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2020, § 24 WEG Rn. 47.

[15] *Sauren,* WEG, 6. Aufl. 2014, § 25 Rn. 3; *Merle,* in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 38; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 152; *Hügel,* in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 25 WEG Rn. 9; für die Zulässigkeit einer geheimen Stimmabgabe, aber ohne Begründung *Abramenko*, ZWE 2013, 395, 398.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wohnungseigentümer geschützt werden.[16] Bei Wahlentscheidungen müsse daher schon dann geheim abgestimmt werden, wenn auch nur ein Organwalter die geheime Stimmabgabe verlange.[17]

Die Kritiker einer geheimen Stimmabgabe argumentieren, dass bei einer solchen Stimmabgabe nicht festgestellt und nachgewiesen werden könne, wer sein Stimmrecht rechtmäßig oder rechtswidrig ausgeübt habe, da die abgegebenen Stimmen keiner konkreten Person zugeordnet werden könnten.[18] Infolgedessen könnten Haftungsansprüche nicht verfolgt werden, wenn nicht einmal bekannt sei, welcher Organwalter wie abgestimmt habe.[19]

Bei der vereinsrechtlichen Mitgliederversammlung wird dem Versammlungsleiter die Entscheidung überlassen, ob er geheim abstimmen lässt.[20] Bedenken werden von diesen Autoren nicht geäußert.

2. Aufsichtsrat in der Aktiengesellschaft und in der GmbH

Im Aktiengesetz ist die Art und Weise der Abstimmung im Aufsichtsrat ebenfalls nicht geregelt. Im aktienrechtlichen Schrifttum haben sich bemerkenswerterweise die Kräfteverhältnisse in den letzten Jahrzehnten verschoben. Galt lange Zeit als herrschend, dass geheime Stimmabgaben unzulässig seien,[21] setzte sich in den 80er und 90er Jahren als herrschende Meinung durch, dass die Aufsichtsratsmitglieder ihre Stimmen geheim abgeben könnten und eine solche geheime Stimmabgabe grundsätzlich zulässig sei.[22] Die Entscheidung über die Art und Weise der Ab-

[16] *Merle,* in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 38; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 152; ähnlich *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 23 WEG Rn. 81 (ungestörte Willensbildung); wohl auch *H. Müller*, ZWE 2000, 237, 242.

[17] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 152.

[18] *Sauren,* WEG, 6. Aufl. 2014, § 25 Rn. 37.

[19] *Armbrüster,* ZWE 2001, 463, 464. *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 153 spricht sich in diesem Fall auch dafür aus, dass offen und sogar namentlich abzustimmen sei und eine geheime Abstimmung den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung widerspreche.

[20] *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 95. *Ellenberger*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 32 Rn. 7 merkt aber an, dass die geheime Abstimmung nicht verlangt werden könne.

[21] Bericht und Überblick bei *Mertens*, ZGR 1983, 189, 206.

[22] *Koch,* in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 108 Rn. 5 bezeichnet die geheime Abstimmung im Aufsichtsrat heute als „ganz herrschende Meinung"; *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 104; *Habersack*, in: Habersack/Henssler, MitbestG, 4. Aufl. 2018, § 25 Rn. 26; *Habersack,* in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 108 Rn. 18; *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 148 (auf S. 154 allerdings mit der Einschränkung „soweit [die geheime Abstimmung] in Satzung oder Geschäftsordnung vorgesehen ist"; auf S. 158 ist diese Einschränkung wieder entfallen). Für die geheime Abstimmung in der Hauptversammlung *Selter*, ZIP 2018, 1161, 1164. Für den Sonderfall der Abstimmung auf Grundlage des COVID-19 Maßnahmengesetzes *Ernst*, ZIP 2020, 889, 890 (dort dann mit der

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stimmung könne in der Satzung oder Geschäftsordnung getroffen werden. Fehlen solche Regelungen, obliege es dem Versammlungsleiter in der jeweiligen Versammlung über Art und Weise der Abstimmung zu befinden. Innerhalb der herrschenden Meinung ist allerdings noch nicht abschließend geklärt, ob schon ein Aufsichtsratsmitglied allein, oder nur zusammen mit einem oder zwei weiteren Mitgliedern, eine geheime Abstimmung durchsetzen kann.[23]

Dieser Wechsel der herrschenden Meinung ist durchaus bemerkenswert, da der BGH in der Girmes-Entscheidung noch deutlich zum Ausdruck gebracht hatte, dass ein jeder Organwalter des Beschlusses „darauf vertrauen darf, daß ihm der Vertretene bekannt gegeben und er in die Lage versetzt wird, diesen auf Erfüllung der sich aus dem zustande gekommenen Rechtsverhältnis ergebenden Verpflichtung in Anspruch zu nehmen". Zwar kam in der Girmes-Entscheidung noch die Komplikation hinzu, dass viele Organwalter einen gemeinsamen Stimmvertreter eingesetzt hatten, dennoch wird deutlich, dass der BGH den Organwaltern ein schützenswertes Informationsinteresse am Urheber der Stimmabgabe zubilligte und das Bedürfnis an einer bürgerlich-rechtlichen Anspruchsgrundlage auf Erfüllung bzw. Schadensersatz zuerkannte.[24]

Die heute herrschende Meinung begründet ihre Auffassung damit, dass die Qualität der Entscheidungsfindung grundsätzlich Vorrang vor einer Zuordenbarkeit der Stimme zum jeweiligen Organwalter habe.[25] Bei einer geheimen Abstimmung werde die Stimmabgabe nicht durch Solidaritätserwägungen beeinflusst.[26] Der jeweilige Organwalter brauche keine Angst vor einer Disziplinierung zu haben, wenn seine Stimmabgabe in den Augen anderer nicht opportun gewesen sei.[27] Er werde auch nicht durch die Ansicht der Gruppenmehrheit unter Druck gesetzt.[28] Es ist daher bemerkenswert, dass die Zulässigkeit der geheimen Stimmabgabe besonders im Mitbestimmungsrecht thematisiert wird, also für Aufsichtsräte, in denen sich die

---

Aussage, dass Stimmabgaben im schriftlichen Verfahren „nicht anonymisier[t] werden sollten").

[23] *U. H. Schneider*, FS Fischer, 1979, S. 727, 745; *Ulmer*, in: Hanau/Ulmer, MitbestG, 1981, § 25 Rn. 26 (es handelt sich um das ab der 4. Aufl. von *Habersack/Henssler* fortgeführte Werk; *Habersack* ist ebenfalls Vertreter der genannten herrschenden Meinung, vgl. weiterhin § 25 MitbestG Rn. 26). Auch *Habersack* konkretisiert das von *Ulmer* verlangte Quorum nicht und spricht von einer „qualifizierten Minderheit von zwei bis drei AR-Mitgliedern".

[24] Da die geschädigten Organwalter diejenigen Organwalter, die sich vertreten ließen, nicht in Anspruch nehmen konnten, da diese namentlich nicht bekannt waren, wandte der BGH § 179 Abs. 1 BGB entsprechend zwischen geschädigten Organwaltern und dem Vertreter an (Urt. v. 20.03.1995 – II ZR 205/94, NJW 1995, 1739 – Girmes, unter II. 1.; zustimmend etwa *Schäfer*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 177 Rn. 13; *Weinland*, in: jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, § 179 Rn. 3).

[25] *Koch,* in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 108 Rn. 5.

[26] *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 Rn. 103.

[27] *Habersack*, in: Habersack/Henssler, MitbestG, 4. Aufl. 2018, § 25 Rn. 26.

[28] *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 151; *Habersack,* in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 108 Rn. 18.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Aufsichtsratsmitglieder der Anteilseigner und der Arbeitnehmer häufig in zwei (mitunter gleich stark besetzten) Lagern gegenüberstehen.[29] Soweit gegen eine geheime Stimmabgabe eingewandt werde, dass damit Haftungsansprüche unterlaufen werden könnten, trage dieser Einwand bei Aufsichtsratsmitgliedern nicht. Mitglieder des Aufsichtsrats könnten sich der Haftung nicht schon dadurch entziehen, dass sie zu einem sorgfaltswidrigen Beschluss mit NEIN stimmen. Sie müssten vielmehr aktiv gegen einen sorgfaltswidrigen Beschluss vorgehen.[30] Es stünde jedem Aufsichtsratsmitglied ferner frei, sein eigenes Abstimmungsverhalten zu Protokoll zu geben und damit offenzulegen. § 116 Satz 2 AktG regele im Übrigen, dass die Aufsichtsratsmitglieder zur Verschwiegenheit über erhaltene vertrauliche Berichte und vertrauliche Beratungen verpflichtet seien, weshalb für die Abstimmungen insgesamt ein Beratungsgeheimnis gelte,[31] folglich die einzelnen Stimmabgaben ebenfalls geheim seien. Auf dieser Linie liege es, dass der Vorstand über das Stimmverhalten der Aufsichtsratsmitglieder den Aktionären gegenüber keine Auskunft erteilen dürfe.[32] Das einfache Aufsichtsratsmitglied habe in der Hauptversammlung zwar ein Rederecht, müsse dabei aber ebenfalls die Verschwiegenheitspflicht beachten[33] und dürfe keine Angaben über das Stimmverhalten machen.

Die Gegenstimmen[34] verweisen auf das oben dargestellte Unterlaufen der persönlichen Haftung, wenn das Stimmverhalten dem einzelnen Organwalter nicht zugeordnet werden könne. Es sei auch nicht fernliegend, dass ein Organwalter erst für bzw. gegen den rechtswidrigen Beschlussantrag gestimmt habe, dann aber abweichend davon einen Widerspruch zu Protokoll der Versammlung erkläre. Die geheime Stimmabgabe provoziere im Streitfalle falsche Angaben der Organwalter dergestalt, dass Aufsichtsratsmitglieder – obwohl sie für bzw. gegen einen rechtswidrigen Beschlussantrag gestimmt haben – nachher ein anderes Stimmverhalten behaupteten.[35] Daher könne auch der Vorschlag einer nachträglichen Protokollierung des Abstimmungsverhaltens nicht überzeugen, da die Angaben zum Protokoll nicht unbedingt dem tatsächlichen Stimmverhalten entsprechen müssten, ganz abgesehen davon, dass dann das Ziel der herrschenden Meinung, die Entscheidungsfreiheit zu

[29] Vgl. § 7 MitbestG; im Verhältnis zwei Drittel zu einem Drittel vgl. § 4 Abs. 1 DrittelbG.

[30] *Heither/von Morgen,* in: Boecken/Düwell/Diller/Hana, MitbestG, 2016, § 25 Rn. 12; *Habersack*, in: Habersack/Henssler, MitbestG, 4. Aufl. 2018, § 25 Rn. 26.

[31] Vgl. BGH, Urt. v. 05.11.2013 – II ZB 28/12, NJW 2014, 541, Tz. 47; BGH, Beschl. v. 14.01.2014 – II ZB 5/12, NZG 2014, 423, 429, Tz. 76; *Hoffmann-Becking*, NZG 2017, 281, 284.

[32] *Hoffmann-Becking*, NZG 2017, 281, 284.

[33] *Hoffmann-Becking*, NZG 2017, 281, 286.

[34] *Mertens*, ZGR 1983, 189, 208 f.; *Naendrup*, in: GK-MitbestG, 1992, § 25 Rn. 76 („unzulässig"); *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 108 Rn. 19. Aus dem Schrifttum zum GmbH-Aufsichtsrat *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 52 Rn. 230.

[35] *Mertens*, ZGR 1983, 189, 208; *Spindler*, in: Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl. 2015, § 108 Rn. 19.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schützen, beeinträchtigt werde.[36] Mindestens genauso wichtig wie der Gesichtspunkt der Haftung sei, dass Aufsichtsratsmitglieder als Inhaber eines privaten Amtes ihre Entscheidungen im Kollektivorgan grundsätzlich zu rechtfertigen hätten.[37] Eine offene Argumentation, Diskussion und Abstimmung seien im Interesse einer bestmöglichen Überzeugungsbildung geradezu erforderlich. Wer hingegen geheime Stimmabgaben zulasse, verschlechtere die Qualität der Willensbildung im Kollektivorgan. Ein Organwalter, der bei der Abstimmung einen Druck verspüre, dem er nicht standhalten könne, sei als Aufsichtsratsmitglied letztlich fehl am Platz.[38] Im Übrigen sei der vermittelnde Weg gefährlich, wonach zwar im Grundsatz offen abzustimmen sei, der Versammlungsleiter aber im Einzelfall auf eine geheime Abstimmung entscheiden könne. Es handele sich nicht um eine Frage, die ein Versammlungsleiter entscheiden könne. Im Übrigen fehlten für eine solche Entscheidung regelmäßig präzise Regeln.[39]

Womöglich entsteht zu dieser Streitfrage durch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie vom 12.12.2019 (ARUG II) im Aktienrecht neue Bewegung, da mit diesem Gesetz u. a. § 129 Abs. 5 AktG[40] neu gefasst wurde. Danach kann der Abstimmende von der Gesellschaft innerhalb eines Monats nach dem Tag der Hauptversammlung eine Bestätigung darüber verlangen, *ob* und *wie* seine Stimme gezählt wurde. Die Regelung betrifft nach ihrem Wortlaut nur die Hauptversammlung und nicht die weiteren Kollektivorgane Aufsichtsrat und mehrköpfiger Vorstand. Sie unterstützt gleichwohl das Lager derjenigen Stimmen, die sich *gegen* geheime Stimmabgaben aussprechen. Denn der Anspruch auf Nachweis der Stimmzählung kann schon im Ansatz nicht erfüllt werden, wenn geheim abgestimmt wurde. Das wäre augenscheinlich nicht im Sinne des europäischen und deutschen Gesetzgebers.

Im Aufsichtsrat der GmbH wird die geheime Stimmabgabe ebenfalls überwiegend für zulässig erachtet.[41] Auch hier wird auf die unabhängige Willensbildung beim einzelnen Aufsichtsratsmitglied abgestellt.[42] Entscheidungen, die sich näher

[36] *Mertens*, ZGR 1983, 189, 208; *Dröge,* Haftung für Gremienentscheidungen, S. 149.

[37] *Mertens*, ZGR 1983, 189, 208; zustimmend für Gremien, in denen die Mitglieder freiwillig treuhänderisch tätig sind, *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 155.

[38] *Mertens*, ZGR 1983, 189, 209.

[39] *Mertens*, ZGR 1983, 189, 210.

[40] Dieser Regelung liegt Art. 3c Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2017/828 sowie ErwG 10 zugrunde.

[41] *N. Meier*, DStR 1996, 385; *Peus*, DStR 1996, 1656, 1657; *Roth*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 47 Rn. 28; *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 46 Rn. 52. Zurückhaltender für die Gesellschafterversammlung *Casper*, in: Bork/Schäfer, GmbHG, 4. Aufl. 2019, § 47 Rn. 10 mit der Aussage, dass es keinen Anspruch auf eine geheime Abstimmung gebe.

[42] *N. Meier*, DStR 1996, 385, 386.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mit der geheimen Stimmabgabe beschäftigt haben, sind in der GmbH-rechtlichen Rechtsprechung jedoch nicht bekannt geworden.[43]

3. Rechtsgebietsübergreifende Argumentationslinien

Nachfolgend soll versucht werden, aus dem obigen Befund eine rechtsgebietsübergreifende Argumentationslinie herauszuarbeiten. Dazu ist zunächst festzustellen, dass für beide Kollektivorgane zwar über die Zulässigkeit geheimer Stimmabgaben gestritten wird, die Autoren aber nicht fragen, ob geheime Stimmabgaben aus Sicht der Rechtsgeschäftslehre überhaupt möglich sind. Stattdessen werden die Interessen der beteiligten Personen gegeneinander abgewogen. Da der Beschluss und die Stimmabgaben in allen hier untersuchten Kollektivorganen auf der Rechtsgeschäftslehre des BGB fußen, wäre eher eine Argumentation naheliegend gewesen, die ihren Anfang in der Rechtsgeschäftslehre nimmt. Immerhin lässt sich als gemeinsame Linie feststellen, dass bei der Diskussion nicht die Rechtsgeschäftslehre, sondern die Interessenabwägung im Vordergrund steht.

Bei der Interessenabwägung ist sodann eine weitere Parallele auszumachen: Stets wird das Interesse an einer „druckfreien" Abstimmung, bei der keine Sorge vor späteren Repressalien bestehe, mit dem Interesse an einer Haftung des einzelnen Organwalters abgewogen. Die Sorge, dass Organwalter bei einer offenen Abstimmung nicht so abstimmen, wie sie es persönlich für richtig halten, scheint dabei unabhängig vom konkreten Kollektivorgan zu sein. So scheint sie sowohl bei Organen zu bestehen, in denen Organwalter in privater Eigenschaft abstimmen – etwa häufig bei der Wohnungseigentümerversammlung – oder in beruflicher Funktion aufeinandertreffen – so beim Aufsichtsrat. Die von Mertens geäußerte Bemerkung, dass Personen, die dem Druck einer Diskussion und offenen Abstimmung nicht standhalten, fehl am Platz seien,[44] kann für eine Reihe von Kollektivorganen richtig sein, bei denen die Organwalter auf ihren Wunsch hin in beruflicher Funktion gegen eine Vergütung tätig werden. Dies gilt allen voran beim Aufsichtsrat der AG oder GmbH, beim mehrköpfigen Vorstand der AG oder der aus mehreren Personen bestehenden Geschäftsführung, ferner wohl auch beim Gläubigerausschuss. Sie lässt sich aber kaum auf Kollektivorgane übertragen, in denen die Organwalter schicksalhaft zusammengefasst werden wie bei der Gläubigerversammlung.[45] Soll daher am Ende eine Brücke zu denjenigen Autoren geschlagen werden, die die freie

[43] So auch das damalige Rechercheergebnis von *N. Meier*, DStR 1996, 385 vor mehr als 20 Jahren.

[44] *Mertens*, ZGR 1983, 189, 209.

[45] Der BGH formuliert häufig so: „Die Gläubigergemeinschaft hat nicht aus freiem Willen zusammengefunden; sie ist vielmehr eine durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners zusammengefügte Schicksalsgemeinschaft", Beschl. v. 07.05.2015 – IX ZB 75/14, NJW 2015, 2660. Genauso prägnant spricht *Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 74 Rn. 5 von der „Zwangsgemeinschaft".

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Willensbildung auch bei den weniger standhaften Organwaltern schützen wollen, muss diese Heterogenität der Kollektivorgane im Blick behalten werden.

III. Kritische Würdigung

Der Auffassung, in Kollektivorganen sei die Abgabe der Stimmen auch geheim möglich, ist kritisch zu begegnen. Man wird der Auffassung zwar nicht allein entgegenhalten können, dass die Rechtsgeschäftslehre des BGB beim Beschluss geheime Abstimmungen schlicht nicht zulässt, denn wenn der Beschluss als Rechtsgeschäft nicht kodifiziert ist, liegt es auf der Hand, dass entsprechende Sondervorschriften zur geheimen Stimmabgabe ebenso fehlen. Schon der Vergleich mit dem Vertrag hat jedoch offenbart, dass geheime Willenserklärungen sehr fernliegend sind. Ein starkes Argument *gegen* die Zulässigkeit geheimer Stimmabgaben würde sich ferner aus der Rechtsgeschäftslehre ergeben, wenn sich aus verschiedenen Stellen des Bürgerlichen Rechts ableiten ließe, dass Willenserklärungen nicht geheim abgegeben werden sollen. Dann würde sich die geheime Stimmabgabe im Bürgerlichen Recht als Fremdkörper erweisen. Wer sich gleichwohl für einen solchen Fremdkörper aussprechen würde, müsste zuvorderst nachweisen, warum geheime Willenserklärungen mit dem Bürgerlichen Recht vereinbar sind.

Tatsächlich deuten einige Regelungen des BGB darauf hin, dass geheime Willenserklärungen dem Allgemeinen Teil des BGB fremd sind. Das erste Beispiel soll aus dem Recht der Willensmängel entnommen werden. § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB regelt den Inhaltsirrtum. Als ein solcher Inhaltsirrtum ist auch der *error in persona* anerkannt, wonach der Erklärende einer Fehlvorstellung über die Person des Geschäftspartners unterlegen ist.[46] Die Regelung zeigt zumindest, dass die Person des Geschäftspartners, die das Rechtsgeschäft mitbegründet, von Bedeutung ist. Das Geheimhalten der Person, deren Willenserklärung das Rechtsgeschäft stützt, wäre also etwas, was der Wertung beim *error in persona* nach § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB entgegenläuft.

Einen zweiten Anhaltspunkt liefert § 116 BGB über den geheimen Vorbehalt. Die Regelung in § 116 Satz 1 BGB hat zwar einen Vorbehalt vor Augen, der sich auf den Inhalt des Willens bezieht, jedoch liegt davon nicht weit entfernt der Fall, dass sich der geheime Vorbehalt auf die Person des Erklärenden bezieht. Da der Versammlungsleiter weiß, dass die Person des Erklärenden geheim bleiben soll, liegt eine Situation vor, die dem § 116 Satz 2 BGB ähnelt. Danach ist eine Willenserklärung nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt. Die Entstehungsgeschichte von § 116 BGB gibt zwar nichts dafür her, dass die Norm direkt auf die geheime Stimmabgabe bei der Beschlussfassung angewandt

[46] *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 41 Rn. 46.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

werden könnte,[47] deutet aber zumindest an, dass geheime Vorbehalte – offenbar auch mit Blick auf die Person des Erklärenden – unerwünscht sind. Die Motive zum BGB bringen es zutreffend auf den Punkt, wenn sie geheime Vorbehalte als „weder mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein noch mit einem geordneten Verkehre vereinbar“[48] bezeichnen.

Ein drittes Beispiel lässt sich aus § 164 Abs. 1 BGB gewinnen. Das dort enthaltene Offenkundigkeitsprinzip will zwar nicht verhindern, dass eine Willenserklärung geheim abgegeben wird, es soll aber verhindert werden, dass die durch die Willenserklärung des Vertreters gebundene Person geheim bleibt. Die Motive sprechen auch hier eine vergleichbare Wertung an. Die Kundgabe der zu bindenden Person „ergiebt den Träger der durch [das Rechtsgeschäft] zu schaffenden Rechte und Verpflichtungen“[49], was zum Schutze des Rechtsverkehrs gewünscht sei. Gerade weil die durch das Rechtsgeschäft gebundene Person also so bedeutsam ist, hat der Gesetzgeber in § 164 Abs. 2 BGB als Rechtsfolge vorgesehen, dass der Vertreter – wenn der Vertretungswille geheim geblieben ist – das Eigengeschäft nicht mit der Begründung anfechten kann, er habe das Rechtsgeschäft nicht für sich abschließen wollen. Beim Beschluss muss der Träger der Stimme genauso kundgetan werden, denn an dieser Stimme hängen Rechte und Verpflichtungen.

Neben diesen Beispielen, die gegen geheime Willenserklärungen sprechen, spricht auch die grundlegende Struktur des BGB gegen geheime Willenserklärungen: Da das Bürgerliche Recht einem Anspruchsdenken folgt,[50] ist die Person, die am Rechtsverkehr teilnimmt und damit Inhaber von Ansprüchen sein kann oder diesen ausgesetzt ist, von herausragender Bedeutung. Auffassungen, die einer Person auf der einen Seite die Teilnahme am Rechtsverkehr ermöglichen wollen, auf der anderen Seite aber die Person des Erklärenden geheim halten, vertragen sich weder mit den Wertungen der Rechtsgeschäftslehre, noch fügen sie sich in das Anspruchsdenken des BGB ein. Deshalb hat der BGH in der Girmes-Entscheidung zu Recht ein schützenswertes Informationsinteresse der Organwalter an der Urheberschaft der anderen Stimmen in der Beschlussfassung anerkannt.[51]

Geheime Willenserklärungen stellen nach alldem im BGB einen Fremdkörper dar und sind daher grundsätzlich für alle privatrechtlichen Kollektivorgane, deren Beschlussfassung auf der bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäftslehre fußt, unzulässig.

---

[47] Vgl. *Mugdan*, Band I, S. 456 ff. zu den Motiven der 1. Kommission bei den Willensmängeln (ohne Erwähnung der Beschlussfassung) und S. 710 ff. zu den Protokollen der 2. Kommission. Hier war § 116 BGB schon nicht mehr Gegenstand von Anträgen.

[48] *Mugdan*, Band I, S. 458.

[49] *Mugdan*, Band I, S. 477.

[50] Deshalb verdient es entgegen aller Kritik nach wie vor Zuspruch, dass *Dieter Medicus* sein Lehrbuch zum Bürgerlichen Recht im „Anspruchsaufbau“ konzipierte (siehe dort in § 1 auch die angesprochenen Kritiker).

[51] BGH, Urt. v. 20.03.1995 – II ZR 205/94, NJW 1995, 1739 – Girmes, unter II. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

IV. Lässt sich der gordische Knoten mit verdeckten Stimmabgaben lösen?

Wer der Grundaussage zustimmt, dass Stimmabgaben Willenserklärungen im Sinne der Rechtsgeschäftslehre sind und der hier dargestellten Argumentation folgt, dass geheime Willenserklärungen im BGB einen Fremdkörper darstellen und nicht zulässig sind, wird sich nicht schwertun, dass nun eine Lösung gesucht werden soll, die sich in die Rechtsgeschäftslehre des BGB einfügt, gleichwohl aber die Interessenlage der beteiligten Personen hinreichend berücksichtigt.

In einem Privatrecht, das von einem Anspruchsdenken geprägt ist, scheint es zunächst schwer erträglich, dass ein Organwalter, der durch die pflichtwidrigen Stimmabgaben anderer Organwalter einen Schaden erlitten hat, seinen Anspruch auf Ersatz dieses Schadens faktisch nicht durchsetzen kann. Zu diesem Dilemma kann es kommen, wenn zwei Dinge zusammentreffen: Die Organwalter fassen Mehrheitsbeschlüsse und stimmen dabei – in unzulässiger Weise – geheim ab.[52] Bei einer etwaigen Klage des geschädigten Organwalters gegen die übrigen Organwalter wäre prozessual meist zu erwarten, dass die Beklagten das vom Kläger behauptete Stimmverhalten bestreiten (§ 138 Abs. 3 ZPO), ungeachtet dessen, dass sie der Wahrheitspflicht unterliegen und daher eigentlich zu ihrem Stimmverhalten der Wahrheit gemäße Erklärungen abzugeben haben (§ 138 Abs. 1 ZPO). Nach dem allgemeinen Grundsatz über die Beweislast hätte der Kläger die Voraussetzungen der für ihn günstigen Norm zu beweisen,[53] mithin ein konkretes Stimmverhalten bestimmter Organwalter.[54] Mit den fünf Strengbeweismitteln wird ihm dies regelmäßig

[52] Weder die Gefahr der Majorisierung noch die Gefahr von Schäden durch das Stimmverhalten der übrigen Organwalter ergibt sich, wenn einstimmige Entscheidungen aller Organwalter erforderlich sind (ähnlich schon *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 136). Dann schützt hinreichend schon das Einstimmigkeitsprinzip. Allerdings sehen die einzelnen Gesetze und jeweiligen Satzungen bzw. Vereinbarungen selten vor, dass ein Beschluss nur mit den Stimmen aller Organwalter gefasst werden kann.

[53] *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 136; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, 18. Aufl. 2018, § 114 Rn. 7. Nach der Rosenberg'schen Normentheorie wäre die Schadensersatzanspruchsgrundlage die Grundnorm, für deren Tatsachen – insbesondere das pflichtwidrige Verhalten – der Anspruchssteller die Beweislast trägt, vgl. für einen Überblick *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 286 Rn. 34.

[54] Macht der Geschädigte den Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB geltend, gilt die besondere Vermutung aus Satz 2 nur für das Vertretenmüssen, nicht aber für die Pflichtverletzung, vgl. *Ernst*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 280 Rn. 32 ff. Beim pflichtwidrigen Stimmverhalten gibt es im Übrigen keinen Anscheinsbeweis (*prima facie*). Der klagende Organwalter kann prozessual also nicht geltend machen, dass die beklagten Organwalter *prima facie* gegenteilig und pflichtwidrig abgestimmt haben. Ferner kann auch aus der Mehrheitsentscheidung, die sich notwendigerweise aus mehrheitlich pflichtwidrigen Stimmen zusammensetzt, nur ein Indiz gewonnen werden, aber kein Beweis für das individuelle Stimmverhalten der beklagten Organwalter. Schließlich kann der Geschäftsordnungsbeschluss auf geheime Abstimmung nicht per se als vorsätzliche Beweisvereitelung angesehen werden, da in manchen Kollektivorganen, wie dem Aufsichtsrat, schon genügt, wenn ein Mitglied die geheime Abstimmung verlangt. Zum *prima facie* Beweis, der Indizienwirkung und der Be-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nicht gelingen, da das einzige verfügbare Beweismittel – die Parteivernehmung nach § 445 ZPO – in der Praxis die oben genannten Schwächen hat und in der Beweiswürdigung nach § 286 ZPO als einziges Beweismittel selten die erkennenden Gerichte zu überzeugen vermag.[55] Das ist auch nicht überraschend, da nach dem Regelbeweismaß die volle Überzeugung des Richters erforderlich ist[56] und es nicht genügt, dass der Richter es für plausibel oder überwiegend wahrscheinlich hält, dass jedenfalls ein Teil der beklagten Organwalter gegenteilig wie der Kläger abgestimmt hat. Im Übrigen sind auch sonst keine prozessualen Lösungen ersichtlich, die dem geschädigten Organwalter helfen könnten. Eine Klage gegen den Beschluss als solches – je nach Organ also eine Anfechtungs- oder Feststellungsklage – könnte zwar darauf gestützt werden, dass der Beschluss an einem formellen Fehler leidet – es wurden geheime Stimmen abgegeben –, die erfolgreiche Klage würde dem Kläger aber nicht helfen, seinen Schaden ersetzt zu bekommen. Hierfür wäre nur die Leistungsklage statthaft, die aber an den genannten Problemen scheitern dürfte.

Der Wunsch nach unbeeinflussten Abstimmungen und das Anliegen, die Organwalter von jedem Druck freizuhalten, erscheint demgegenüber als Begründung zu schwach, um die dargestellten dogmatischen Bedenken beiseiteschieben zu können. Auch die Vergleiche mit geheimen Abstimmungen in öffentlich-rechtlichen Organen hinken, da die dortigen politischen Wertungen auf privatrechtliche Organe kaum übertragbar sind.[57]

Hinzu kommt, dass Beschlussgegenstände in Kollektivorganen regelmäßig nicht die Rechtsposition des einzelnen Organwalters, sondern die des Organs oder der Gemeinschaft bzw. des Verbands betreffen. Wenn beispielsweise die Wohnungsei-

---

weisvereitelung überzeugend schon *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 140, 145, 155 und 164 (dort bejaht er die Beweisvereitelung allerdings, wenn die geheime Stimmabgabe missbräuchlich verlangt wird).

[55] Der Zeugenbeweis kommt nur in Betracht, wenn ein Organwalter zumindest über das Stimmverhalten eines weiteren Organwalters aus eigener Wahrnehmung oder als Zeuge vom Hörensagen berichten kann (vgl. *Damrau*, in: MüKoZPO, 5. Aufl. 2016, § 396 Rn. 3). Wohl deshalb sagt auch *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 136 zu Recht, dass der Zeugenbeweis nicht geführt werden könne.

[56] *Foerste*, in: Musielak/Voit, 16. Aufl. 2019, § 286 Rn. 18; auch als „Vollbeweis" bezeichnet, *Prütting*, in: MüKoZPO, 5. Aufl. 2016, § 286 Rn. 35.

[57] Der so oft bemühte Vergleich mit der meist nicht zugelassenen geheimen Abstimmung im Deutschen Bundestag hinkt zunächst deshalb, da der Bundestag öffentlich verhandelt (Art. 42 GG, § 19 GO BT) und daher einer viel stärkeren Transparenz ausgesetzt ist. Die Verhandlungen und Abstimmungen in privatrechtlichen Kollektivorganen hingegen sind regelmäßig nichtöffentlich. Der einzelne Bundestagsabgeordnete repräsentiert ferner in der indirekten Demokratie seine Wähler, die Kenntnis von seinem Abstimmungsverhalten bekommen sollen. Deshalb hat die Geschäftsordnung des Bundestags gut daran getan, geheime Abstimmungen nur bei Wahlen, nicht aber bei Sachentscheidungen zuzulassen (§ 49 GO BT). Im Übrigen wäre der Vergleich mit den geheimen Abstimmungen im Bundestag eher ein Anzeichen *dafür*, dass ein starkes Interesse an der Zuordnung der einzelnen Stimmabgabe zum jeweiligen Mandatsträger besteht, da in den ersten 16 Wahlperioden 1.631 namentliche Abstimmungen durchgeführt wurden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gentümer durch Beschluss die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums regeln, dann handelt es sich um das *gemeinschaftliche* Eigentum. Mit dem jeweiligen Stimmrecht nimmt ein jeder Organwalter damit Einfluss auf die Rechte der Miteigentümer. Der Wohnungseigentümer unterliegt damit grundsätzlich einem Rechtfertigungszwang für sein Stimmverhalten.[58] Der von Mertens für den Aufsichtsrat geäußerte Einwand, dass ein Mitglied des Aufsichtsrats, das sich nicht rechtfertigen und daher geheim abstimmen möchte, für dieses Amt nicht geeignet sei,[59] lässt sich zwar nicht unmittelbar auf alle Kollektivorgane übertragen, man wird aber durchaus sagen können, dass mit dem Stimmrecht in einem Kollektivorgan grundsätzlich Rechte und Pflichten verbunden sind und diese beiden Seiten der Medaille nicht getrennt werden können.

Der gordische Knoten zur geheimen Stimmabgabe kann aber durchaus so gelöst werden, dass die Willenserklärungen erstens im Einklang mit der Rechtsgeschäftslehre des BGB abgegeben werden, zweitens entstehende Schadensersatzansprüche der geschädigten Organwalter durchsetzbar sind und drittens der einzelne Organwalter freier und weniger beeinflusst als bei einer offenen Abstimmung entscheiden kann. Der Lösungsvorschlag besteht darin, dass die einzelne Stimme zwar nicht geheim, aber für die übrigen Organwalter *verdeckt* abgegeben werden darf.[60]

Beispielsweise kann der Versammlungsleiter Stimmzettel ausgeben, die den einzelnen Organwaltern zugeordnet sind. Die Organwalter können dann auf den Stimmzetteln ankreuzen, ob sie für oder gegen einen Beschlussantrag stimmen. Im Zeitpunkt der Abstimmung – und dies ist der entscheidende Moment der Willensbildung – weiß dann kein Organwalter, wie die übrigen Organwalter abgestimmt haben. Der Versammlungsleiter teilt nur das Ergebnis der Auszählung mit und verkündet sodann den Positiv- oder Negativbeschluss.[61] Sollte dann später ein Schadensersatzanspruch geltend gemacht werden, kann – um im Beispiel zu bleiben – über den Stimmzettel zugeordnet werden, wie der jeweilige Organwalter abgestimmt hat. Freilich entsteht beim Versammlungsleiter ein gewisser Aufwand, da die verdeckten Stimmabgaben – etwa die Stimmzettel – aufbewahrt werden müssen und die Überprüfung ggf. erst später benötigt wird.[62] Dafür aber sind verdeckte

[58] Zutreffend so in allgemeiner Form *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 155.

[59] *Mertens*, ZGR 1983, 189, 209.

[60] Auf die „verdeckte" Stimmabgabe durch Stimmzettel in Aufsichtsräten weist schon *Peus*, DStR 1996, 1656, 1657 und in Wohnungseigentümerversammlungen schon *Bartholome,* in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 23 Rn. 49 hin. *Peus* berichtet hier auch von praktischen Umsetzungsmöglichkeiten: „Jeder Stimmzettel enthält separat den Namen des Votanten wie auch das Votum. Beides ist getrennt und fest, separat lösbar, abzudecken. Zur Auszählung werden die Voten geöffnet. Sie können ausgezählt werden. Ergibt sich eine Mehrheit, so steht das Beschlußergebnis fest. Die Geheimheit auch der Stimme des Vorsitzenden braucht nicht aufgehoben zu werden".

[61] *Bartholome,* in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 23 Rn. 49a.

[62] Darauf weist *Deckert*, ZMR 2008, 588 hin. *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 149 ergänzt zu Recht, dass die Aufbewahrung jedenfalls innerhalb der Verjährungsfrist gewährleistet sein muss. Bei Ansprüchen aus § 280 Abs. 1 BGB, die hier vorrangig zwischen

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Stimmabgaben im Sinne der Rechtsgeschäftslehre offene und damit gewöhnliche Willenserklärungen, die sich nicht nur in die Rechtsgeschäftslehre einfügen, sondern auch dem Anspruchsdenken des BGB gerecht werden. Sie mildern den Druck bei der Abstimmung und werden damit den Interessen der beteiligten Personen bestmöglich gerecht. Wer auch bei dieser vermittelnden Lösung noch meint, dass die etwaige spätere Aufdeckung der verdeckten Stimmabgaben einen unerwünschten Druck auf den einzelnen Organwalter auslöst, sollte einräumen, dass ein solcher Organwalter Kollektivorgane meiden sollte – also weder Geschäftsleistungs- noch Aufsichtsaufgaben annehmen und auch keine Mitgliedschaft in einem Verband und kein Miteigentum in einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer erwerben sollte. Denn ein absoluter Vorrang der Entscheidungsfreiheit lässt sich im Privatrecht nicht begründen.[63]

V. Haften Versammlungsleiter persönlich, wenn sie geheime Stimmabgaben zulassen?

Wer der hier dargestellten kritischen Würdigung folgt und geheime Stimmabgaben als Fremdkörper des BGB ansieht, sieht sich abschließend der Frage ausgesetzt, ob sich Versammlungsleiter pflichtwidrig verhalten, wenn diese gleichwohl geheime Abstimmungen zulassen. Ermöglicht der Versammlungsleiter in den Fällen, in denen die Organwalter geheim abstimmen wollen, keine Zuordnung der Stimmen zu den abstimmenden Organwaltern für den Fall etwaiger Schadensersatzansprüche, liegt eine solche Pflichtverletzung in der Tat nahe.[64] Dann ist es nur noch ein kleiner Schritt zu der Frage, ob der Versammlungsleiter auch persönlich haftet.[65] Bejaht man diese Frage und kann sich ein Organwalter aufgrund der geheimen Stimmabgabe bei

den Organwaltern bzw. zwischen Organwaltern und der Gemeinschaft bzw. dem Verband geprüft werden, würde dies eine dreijährige Verjährungsfrist bedeuten (§§ 195, 199 BGB). Bei Organen, die ohnehin nur selten tagen wie die Mitgliederversammlung des Vereins, die ordentliche Hauptversammlung der AG (einmal jährlich wegen der Vorlage des Jahresabschlusses und des Lageberichts und der Beschlussfassung über den Bilanzgewinn, § 175 AktG) und die ordentliche Wohnungseigentümerversammlung (mindestens einmal jährlich, § 24 Abs. 1 WEG), entsteht dieser Aufwand aber auch nur selten. Bei häufiger tagenden Organen, wie dem Vorstand oder Aufsichtsrat (mindestens zwei Sitzungen im Kalenderhalbjahr, § 110 Abs. 3 Satz 1 AktG), dürften professionelle Strukturen vorhanden sein, sodass der Aufwand keine nennenswerte Belastung darstellen dürfte. Beim Gläubigerausschuss können die verdeckten Stimmabgaben zu den Gerichtsakten genommen werden; sollten den Mitgliedern des Gläubigerausschusses tatsächlich Auslagen entstehen, wären diese nach § 73 Abs. 1 Satz 1 InsO zu ersetzen. Daher überzeugen die Bedenken von *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 149 mit Blick auf die praktische Umsetzbarkeit nicht.

[63] Zutreffend *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 158.

[64] *Greiner*, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. 2014, § 7 Rn. 857. Kritisch aber *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 150 („nicht sachgerecht"). Er nimmt allerdings auch an, dass geheime Stimmabgaben zulässig seien (S. 148: prinzipielle Zulässigkeit), was natürlich einen anderen Ausgangspunkt darstellt.

[65] Gegen eine solche Haftung *Dröge,* Haftung für Gremienentscheidungen, S. 150.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

den pflichtwidrig abstimmenden Organwaltern nicht schadlos halten, würde er den Versammlungsleiter reflexartig in Haftung nehmen („Haftungsreflex“).

Zur besseren Veranschaulichung kann eine typische Konstellation aus der Rechtsprechung des *V. Senats* des BGH skizziert werden:

Eine Gemeinschaft der Wohnungseigentümer besteht aus fünf Wohnungseigentümern, wobei nur einer von ihnen Sondereigentümer an einer Erdgeschosswohnung ist. Die im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Außenwände ziehen auf Höhe der Wände der Erdgeschosswohnung Feuchtigkeit, was zwingend instandgesetzt werden muss. Allerdings zeigen sich Feuchtigkeitsschäden nur in der Erdgeschosswohnung. In der Wohnungseigentümerversammlung soll über die Erhaltung entschieden werden, die zu diesem Zeitpunkt 50.000 EUR kosten würde. Ein Wohnungseigentümer drängt den Verwalter zu einer geheimen Abstimmung, was dieser so auch umsetzt. Sodann werden zu dem Beschlussantrag auf Erhaltung der Außenwände geheim zwei JA-Stimmen und zwei NEIN-Stimmen abgegeben; ein Wohnungseigentümer enthält sich. Aufgrund der Stimmengleichheit (2:2) verkündet der Versammlungsleiter einen Negativbeschluss. In der Folge entsteht dem Wohnungseigentümer der Erdgeschosswohnung ein Schaden von 8.000 EUR durch die verzögerte Erhaltung. Den Ersatz des Schadens verlangt er von denjenigen Wohnungseigentümern, die mit NEIN abgestimmt und sich enthalten haben. Keiner der vier anderen Wohnungseigentümer legt jedoch sein damaliges Stimmverhalten offen; der sich einst enthaltene Wohnungseigentümer fürchtet Repressalien von den drei anderen Wohnungseigentümern, sollte er nun sein vormaliges Stimmverhalten offenlegen und in einem etwaigen Prozess aussagen. Der vom BGH bejahte Schadensersatzanspruch gegen diejenigen Wohnungseigentümer, die bei der Beschlussfassung über eine Pflicht-Instandsetzungsmaßnahme nicht für die erforderliche Maßnahme gestimmt oder sich enthalten haben,[66] wird nun faktisch entwertet, da der geschädigte Wohnungseigentümer seine drei Schuldner nicht kennt. Der geschädigte Wohnungseigentümer erinnert sich allerdings an die Entscheidung des Versammlungsleiters, geheim abzustimmen, und will daher diesen in Anspruch nehmen.

1. Die Suche nach der Anspruchsgrundlage und dem Schuldverhältnis

Die im obigen Kapitel § 4 VII. 3. unternommene Suche nach einer Anspruchsgrundlage, mit der ein Versammlungsleiter auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden kann, setzt sich hier nun fort. Folgt man der oben dargestellten Argumentation, wonach organschaftsrechtliche Anspruchsgrundlagen, wie jene nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, weder direkt noch analog anwendbar sind, konzentriert sich die Suche auf das allgemeine Schadensersatzrecht.

[66] BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2015, 53 (2. Leitsatz); BGH, Urt. v. 14.07.2017 – V ZR 290/16, NZG 2017, 1181.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Es hat sich oben als überzeugend erwiesen, dass das für § 280 Abs. 1 BGB erforderliche Schuldverhältnis grundsätzlich mit Übernahme der *Funktion als Versammlungsleiter* entsteht. Anders als im gesellschaftsrechtlichen Schrifttum diskutiert, sind jedoch nicht nur Schadensersatzansprüche zwischen Verband und Versammlungsleiter von Interesse, sondern auch solche zwischen Versammlungsleiter und dem einzelnen Organwalter. Denn es muss nicht unbedingt allein der Verband einen Schaden erleiden. Ein solcher Schaden kann auch bei einem einzelnen Organwalter entstehen. Aus den oben genannten Gründen bedurfte es für eine solche Konstruktion weder eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, noch der Drittschadensliquidation. Der im Gesellschaftsrecht entwickelte Ansatz, das Schuldverhältnis zwischen Versammlungsleiter und Verband zu erblicken, war vielmehr noch einen Schritt weiterzuentwickeln und zwischen Versammlungsleiter und dem jeweiligen Organwalter anzunehmen. Diese Lösung spielt ihre besondere Stärke dadurch aus, dass sie in allen privatrechtlichen Kollektivorganen anwendbar ist, in denen eine Person die Funktion des Versammlungsleiters übernimmt.

An den oben entwickelten Erkenntnissen kann hier, wenn es nun um die Haftung des Versammlungsleiters für eine zugelassene geheime Stimmabgabe geht, festgehalten werden.

2. Die Suche nach der Pflichtverletzung

Auf Grundlage der obigen Erkenntnisse bereitet es keine Schwierigkeiten, die Abstimmung mit geheimen Stimmabgaben als Pflichtverletzung zu subsumieren. Ohne besondere Regelung in der Satzung oder Geschäftsordnung obliegt die Art und Weise der Abstimmung dem Versammlungsleiter, sodass dessen Entscheidung, geheim abzustimmen, pflichtwidrig ist.

Die Suche nach der Pflichtverletzung gestaltet sich jedoch schwieriger, wenn die Satzung – etwa aufgrund langer Tradition geheimer Stimmabgaben – grundsätzlich oder in bestimmten Fällen eine geheime Stimmabgabe vorsieht. Kann dann wirklich noch angenommen werden, dass der Versammlungsleiter, der die Abstimmung geheim durchführt, pflichtwidrig gehandelt hat? Da der Versammlungsleiter an die Satzung gebunden ist, trifft nicht er die Entscheidung, sondern die über die Satzung entscheidenden Personen. Dann aber ist der Versammlungsleiter hinsichtlich der Art der Abstimmung an diese Entscheidung gebunden und begeht keine eigene Pflichtverletzung. Man wird sogar noch einen Schritt weitergehen müssen: Wer sich als Organwalter beim Abschluss einer Vereinbarung, etwa eines Gesellschaftsvertrags, einvernehmlich dafür entscheidet, grundsätzlich oder in bestimmten Fällen geheim abzustimmen, verzichtet darauf, etwaige Schadensersatzansprüche gegen die übrigen Organwalter durchsetzen zu können.[67] Dann ist der geschädigte Organwalter nicht schutzbedürftig.

[67] Einen ähnlichen Ansatz verfolgt *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 157: Wenn eine Satzung die geheime Stimmabgabe nicht verbiete, „so muss sich der Träger des

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Davon zu unterscheiden ist schließlich die Frage, ob der Versammlungsleiter pflichtwidrig handelt, wenn er die geheime Abstimmung aufgrund eines *Geschäftsordnungsbeschlusses* durchführt.[68] Auch dann ist der Versammlungsleiter an die Art und Weise der Abstimmung gebunden und trifft keine eigene Entscheidung mehr. Folglich ist die Pflichtverletzung des Versammlungsleiters zu verneinen. Da der Geschäftsordnungsbeschluss – wie sonst auch – isoliert nicht anfechtbar ist,[69] entsteht für den geschädigten Organwalter allerdings ein Dilemma: Er wird die übrigen Organwalter aus den oben dargestellten prozessrechtlichen Gründen meist nicht in Anspruch nehmen können und gegen den Versammlungsleiter kann er mangels Pflichtverletzung keinen Schadensersatzanspruch durchsetzen. Insoweit hilft es dem Organwalter auch nicht, wenn das Gericht den Beschluss in der Sache aufhebt, weil die Abstimmung rechtswidrig in geheimer Weise vorgenommen wurde. Dieses Dilemma mag man als unbefriedigend empfinden, zeigt aber bei Lichte betrachtet nur eine Problematik, die immer wieder im Prozess- und Haftungsrecht auftreten kann. Nicht alles, was pflichtwidrig ist, lässt sich auf Grundlage der Zivilprozessordnung auch beweisen und nicht alles, was zu Schäden führt, lässt sich auch durch entsprechende Ansprüche ersetzen.

3. Resümee

Geheime Stimmabgaben werden vom Schrifttum in verschiedenen Kollektivorganen aufgrund einer Interessenabwägung zwischen potentieller Haftung und Freiheit der Stimmabgabe legitimiert. Eine *rechtsgeschäftliche* Diskussion hat allerdings bislang weniger stattgefunden. Eine solche Untersuchung führt hingegen zu dem Ergebnis, dass dem BGB geheime Willenserklärungen fremd sind. Einige Vorschriften der Rechtsgeschäftslehre und insbesondere das Anspruchssystem des BGB zeigen vielmehr, dass geheime Willenserklärungen unzulässig sind. Um dem Interesse an einer möglichst freien Abstimmung gerecht zu werden, lässt sich der gordische Knoten aber damit lösen, dass die einzelne Stimme zwar nicht geheim, aber für die übrigen Organwalter *verdeckt* abgegeben werden darf. Verdeckte Stimmabgaben sind im Sinne der Rechtsgeschäftslehre offene und damit gewöhnliche Willenserklärungen, die sich nicht nur in die Rechtsgeschäftslehre einfügen, sondern auch dem Anspruchsdenken des BGB gerecht werden. Sie mildern den Druck bei der Abstimmung und werden damit den Interessen der beteiligten Personen bestmöglich gerecht. Versammlungsleiter, die sich gleichwohl für eine geheime Abstimmung entscheiden, handeln pflichtwidrig. Zwischen ihnen und den Organwaltern besteht mit Übernahme der Funktion als Versammlungsleiter ein Schuldverhältnis, sodass der geschädigte Organwalter den Versammlungsleiter aus § 280 Abs. 1 BGB auf Schadensersatz in Anspruch nehmen kann. Keine Pflicht-

Gremiums diese Entscheidung zurechnen lassen und daher das verbleibende Haftungsrisiko bei geheimer Abstimmung tragen".

[68] Diesen Fall hatte schon *Deckert*, ZMR 2008, 588 gesehen.

[69] *Greiner,* ZWE 2016, 300 (für das Wohnungseigentumsrecht).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

verletzung des Versammlungsleiters liegt allerdings vor, wenn er die geheime Abstimmung aufgrund einer vertraglichen Regelung – etwa der Satzung – oder aufgrund eines mehrheitlich gefassten (rechtswidrigen) Verfahrensbeschlusses zugelassen hat.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 16 Fehlerhafte Beschlüsse und Haftung der Organwalter

Der Weg zum Beschluss ist fehleranfällig. Er ist tendenziell sogar fehleranfälliger als der Weg zum Vertrag.[1] Dies gilt insbesondere dann, wenn viele Organwalter an der Beschlussprozedur mitwirken. Dann wird nicht nur die Prüfung der Beschlussfähigkeit und die Feststellung des Abstimmungsergebnisses aufwendiger,[2] es wächst auch die Gefahr von Zählfehlern und es steigt die Wahrscheinlichkeit von Komplikationen, etwa durch den Einsatz von Stimmboten bzw. Stellvertretern[3] oder durch die vermehrte Beurteilung von Stimmverboten und treuwidrigen Stimmabgaben. Da in vielen Kollektivorganen zudem stets oder zumindest regelmäßig die Majorisierung der Minderheit droht,[4] können immer wieder Beschlüsse entstehen, die sogar offensichtlich rechtswidrig sind oder sich zumindest nach genauerer Prüfung als fehlerhaft erweisen. Dabei lehrt die Praxis, dass auch ein von einer großen Mehrheit getragener Beschluss inhaltlich fehlerhaft sein kann.[5]

Entsprechend der eingangs vorgenommenen Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands[6] für die vorliegende *rechtsgeschäftliche* Arbeit, soll es abschließend allerdings nicht um die Beschlussfehlerlehre in ihrer gesamten Breite gehen.[7] Hierzu

---

[1] *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F 15.

[2] Zu verschiedenen Auszählmethoden siehe oben in § 4 V. 3.

[3] Dazu oben in § 11.

[4] Zur Beschlusskompetenz siehe oben in § 5 III.

[5] Anschauungsmaterial liefert etwa der Squeeze-out-Beschluss (§§ 327a ff. AktG), der nach § 327a Abs. 1 Satz 1 AktG von einem Aktionär verlangt werden kann, dem Aktien der Gesellschaft in Höhe von 95 % des Grundkapitals gehören. Infolgedessen werden die Squeeze-out-Beschlüsse regelmäßig von mehr als 95 % der Stimmen getragen. Beispielsweise erreichte der Beschluss in dem Verfahren LG Frankfurt a. M., Urt. v. 27.08.2003 – 3 – 13 O 205/02, NZG 2003, 1027 97,28 % der Stimmen. Er wurde später von der Kammer gleichwohl für unwirksam erklärt. Ähnliches Anschauungsmaterial liefern die umwandlungsrechtlichen Beschlüsse, die häufig mindestens von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen getragen werden (vgl. etwa § 50 Abs. 1 UmwG, wenn eine GmbH beteiligt ist) und dennoch rechtswidrig sein können, was schon gesetzgeberische Regelungen wie § 16 Abs. 3 Satz 3 Nr. 3 letzter Halbsatz UmwG oder § 246a Abs. 2 Nr. 3 letzter Halbsatz AktG zeigen. Eine Freigabe kommt nämlich trotz großer Mehrheit bei der Abstimmung nicht in Betracht, wenn der Beschluss an einem besonders schweren Fehler leidet (die sog. „besondere Schwere des Rechtsverstoßes"; dazu jüngst *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F 27).

[6] Oben in § 2 III.

[7] Eine vergleichbare Eingrenzung beim Beschluss haben, um den eigentlichen Untersuchungsgegenstand nicht aus den Augen zu verlieren, schon *Jacoby*, Das private Amt, S. 433 und *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, S. 1, 28 f. vorgenommen und auf die Besonderheiten des jeweiligen Rechtsgebiets und Kollektivorgans verwiesen. Ferner bemerkt auch *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

wäre auch das *prozessrechtliche* Beschlussmängelrecht einzubeziehen, also *exempli causa* zu beleuchten, mit welchen Klagearten Beschlüsse kontrolliert werden können,[8] welche Zulässigkeitsfragen sich je nach Klageart stellen,[9] welche Auswirkungen beispielsweise Präklusionsfristen sowie Fristen für das Geltendmachen von Anfechtungsgründen auf die Begründetheit der Klage haben[10] und ob ein Rechtsgebiet ausnahmsweise Heilungsvorschriften kennt[11]. Gerade die Frage, wie stark die Bindungswirkung eines fehlerhaften Beschlusses ausgeprägt ist, ist von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet unterschiedlich.[12] Eine Vielzahl von Beschlussmängeln ist nicht der Rechtsgeschäftslehre des BGB zuzuordnen, sondern betrifft Fragestellungen, die nur unter Berücksichtigung der Eigenarten der jeweiligen Kollektivorgane beantwortet werden können.[13] Derartige Beschlussmängel können jedoch nicht für alle Kollektivorgane des Privatrechts einheitlich betrachtet werden.[14] Für das praktisch bedeutsame Beschlussmängelrecht des Wohnungseigentums-, GmbH- und Aktienrechts ist hier der Bedarf an weiteren Schriften allerdings auch weniger hoch, da in diesen Bereichen schon aktuellere umfassende Schriften vorliegen und derzeit der

---

organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 180, dass nicht alle Fälle des Beschlussmängelrechts allgemein beantwortet werden könnten.

[8] Die oben aufgedeckte Mär von der positiven Beschlussfeststellungsklage (§ 4 VI. 7. a)) zeigt eine solche Facette bei der Bestimmung der statthaften Klageart. Nicht abschließend geklärte Probleme betreffen in diesem Bereich etwa die Frage, ob Organwalter in Kollektivorganen wie dem Vorstand und Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft selbst befugt sind, gefasste Beschlüsse anzufechten (Überlegungen hierzu finden sich etwa bei *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F 95 ff.). Im Wesentlichen handelt es sich hierbei um prozessrechtliche Fragestellungen.

[9] Der oben angesprochene widersprüchliche prozessuale Angriff auf die Bindungswirkung eines Beschlusses (§ 6 III.) zeigt exemplarisch eine solche prozessuale Komplikation, die – je nach Klageart und Auslegung – entweder bei der Anfechtungsbefugnis, dem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis oder in der Begründetheitsprüfung zu behandeln ist.

[10] Hierzu gehört beispielsweise die oben angerissene Wirkung der Bestandskraft (§ 4 II. 3. c) und § 9 III.).

[11] Dies gilt etwa für die Heilung von Nichtigkeitsgründen nach § 242 AktG. Einen Überblick bietet *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 II.

[12] Dieses Spannungsverhältnis zwischen der Bindungswirkung auf der einen und dem Beschlussmängelrecht auf der anderen Seite löst durch Sonderregelungen wie § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG viele Einzelfragen aus. Ähnlich zu diesem Spannungsverhältnis *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 31. Siehe ferner schon oben in § 6 zu den Grundsätzen der Bindungswirkung.

[13] So ist der inhaltliche Prüfungsmaßstab für Beschlüsse im Wohnungseigentumsrecht die ordnungsmäßige Verwaltung nach § 21 Abs. 3 und 4 WEG, im Gesellschaftsrecht die gesellschafterliche Treuepflicht.

[14] Diese Sicht teilen auch *Jacoby*, Das private Amt, S. 433 und *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, S. 1, 28 f. Beispielsweise ist die inhaltliche Prüfung, ob der Beschluss des Aufsichtsrats, ob ein Aufsichtsratsmitglied einen zusätzlichen Beratungsvertrag eingehen darf, eine Frage, die sich im Aktienrecht stellt (vgl. zu dem Beschluss nach § 114 Abs. 1 AktG als Wirksamkeitsvoraussetzung etwa *Habersack*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 114 Rn. 28), aber weder im Wohnungseigentumsrecht noch bei den Personengesellschaften und auch nicht bei den insolvenzrechtlichen Kollektivorganen auftritt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Ball beim Gesetzgeber liegt.[15] Die vorliegende Untersuchung kann sich daher auf diejenigen Beschlussmängel konzentrieren, die einen Rückschluss auf den Beschluss *als Rechtsgeschäft* ermöglichen und die bei allen privatrechtlichen Kollektivorganen gleichermaßen auftreten können (dazu unter I.).

Da fehlerhafte Beschlüsse Schäden auslösen können, kommt sodann oftmals die Frage auf, ob und durch wen entsprechende Schäden zu ersetzen sind (unter II.). Die überstimmten Organwalter müssen sich zunächst der Mehrheit geschlagen geben und werden einstweilen an den Beschluss gebunden.[16] Durch die nunmehr anschließende Beschlussausführung können weitere Schäden entstehen. Es soll daher im Folgenden gefragt werden, was der richtige Anknüpfungspunkt für Pflichtverletzungen ist (II. 1.) und wer die Beweislast für die Pflichtverletzung trägt (II. 2.).

Da die Haftung der Organwalter in jüngerer Zeit insbesondere im Wohnungseigentumsrecht diskutiert wurde und nun auch aktuellere höchstrichterliche Entscheidungen vorliegen, soll der Fokus exemplarisch auf die Haftung der Wohnungseigentümer für ihr Stimmverhalten gelegt werden (III.). Eine solche Konzentration auf die Wohnungseigentümerversammlung erscheint gerechtfertigt, da die Wohnungseigentümerversammlung sowohl das Bürgerliche Recht repräsentiert als auch durch ihre vielen gesellschaftsrechtlichen Facetten den Kollektivorganen im Gesellschaftsrecht ähnelt.[17] Die Haftung der Organwalter im Gläubigerausschuss und damit in einem privatrechtlichen Kollektivorgan, das in ein Verfahrensgesetz eingebettet ist, soll diese Betrachtung schließlich abrunden (IV.).

I. Fehlerhafte Beschlüsse

Als fehlerhaft wird nachfolgend ein Beschluss bezeichnet, bei dessen Beschlussfassung nicht alle rechtlichen Bestimmungen eingehalten wurden oder der

[15] Siehe noch einmal die in der vorliegenden Untersuchung verarbeiteten Schriften von *M. Schwab*, Das Prozeßrecht gesellschafterinterner Streitigkeiten, 2005, *Fehrenbach*, Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, 2011 und das Gutachten von *J. Koch*, 72. DJT, Band I, F. Für die Äußerungen des BMJV auf dem 72. DJT und die dort gefassten Beschlüsse über Reformen siehe Band II. Zum Entwurf eines MoPeG siehe ferner schon die Einleitung in § 1.

[16] Dazu oben in § 6.

[17] Die Parallelen zwischen gesellschaftsrechtlichen Strukturen und der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer hat etwa schon *Armbrüster*, ZWE 2002, 333, 338 betont. Rückenwind hat diese Fokussierung von *Fleischer/Eschwey*, DB 2018, 810 erfahren, die sich – vom Gesellschaftsrecht kommend – ebenfalls auf die Entwicklungen im Wohnungseigentumsrecht konzentriert haben (S. 816: „Eine moderne Beschlussdogmatik im Privatrecht sollte sich daher nicht auf Gesellschafterbeschlüsse beschränken, sondern auch das Normen- und Fallmaterial sonstiger Verbände wie der Wohnungseigentümergemeinschaft mit verarbeiten. Dies hat man hierzulande bisher vernachlässigt“).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

inhaltlich gegen bestimmte Kriterien verstößt.[18] Ein für alle privatrechtlichen Kollektivorgane einheitliches Beschlussmängelrecht gibt es zwar nicht,[19] Leitstrahl für das folgende Kapitel sollen jedoch drei Thesen sein, wonach zumindest eine einheitliche Kategorisierung der Beschlussfehler möglich ist (dazu unter 1.), trotz aller Unterschiede in den Rechtsgebieten bestimmte Fehler in jeder Beschlussprozedur eines privatrechtlichen Kollektivorgans auftreten können (2.) und die Rechtsgeschäftslehre den Grundstock für das jeweilige Beschlussmängelrecht darstellt (3.).

1. Eine rechtsgebietsübergreifende Kategorisierung von Beschlussfehlern

Die vorliegende Schrift bemüht sich darum, ein für alle privatrechtlichen Kollektivorgane einheitliches Beschlusswesen herauszuarbeiten (typisierende Betrachtungsweise[20]). Daher wäre es auch naheliegend, ein für alle Kollektivorgane einheitliches Beschlussmängelrecht zu entwickeln. So naheliegend dieser Ansatz auch ist, so kläglich muss er doch scheitern, wenn die Fehler nicht mehr die rechtsgeschäftliche Entstehung des Beschlusses betreffen, sondern seinen konkreten, individuellen Inhalt.

Bei dieser Erkenntnis muss man jedoch nicht stehen bleiben: Wenn schon ein einheitliches Beschlussmängelrecht nicht ersichtlich ist, so lassen sich doch alle Beschlussmängel in zwei Kategorien aufteilen: Fehler, die die Beschlussprozedur und damit die Legitimationsgrundlage[21] des Beschlusses betreffen, und solche, die inhaltsbezogen sind.

Fehler, die zur Beschlussprozedur gehören, sind beispielsweise solche, die die Ladung zur Versammlung, die Beschlussfähigkeit, den Beschlussantrag, die Bestimmtheit, die Abgabe der Stimmen, die Figur des Versammlungsleiters, die Feststellung des Abstimmungsergebnisses (etwa die fehlerhafte Annahme eines Stimmverbots) und die Beschlussverkündung betreffen (dazu oben in § 4), aber auch die Beschlusskompetenz (§ 5 III.), die außerhalb von Versammlungen gefassten Beschlüsse (§ 7), die Stellvertretung und Botenschaft innerhalb der Beschlussprozedur (§ 11) und etwa die Ausübung von Vetorechten (§ 14). All diese Fehler können unter dem Oberbegriff der „formellen Beschlussmängel" zusammengefasst werden.

---

[18] Ähnlich *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 178 und *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 29.

[19] Unstreitig, vgl. *Jacoby*, Das private Amt, S. 433; *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, S. 1, 28 f.

[20] Dazu grundlegend oben in § 2 III.

[21] So schon der in § 3 verarbeitete und von *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 I 3 geprägte Begriff; er klingt etwa auch bei *Psaroudakis*, in: Heidel/Schall, HGB, 3. Aufl. 2019, § 119 Rn. 12 an („formal legitimierte[r] Beschluss"), im Übrigen wird auch dort die Zweiteilung in formelle und materielle Fehler vorgenommen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die Kontrollfrage muss daher lauten, ob all diese formellen Beschlussmängel bei sämtlichen privatrechtlichen Kollektivorganen möglich sind. Geht eine Stimme – eine empfangsbedürftige Willenserklärung – dem Versammlungsleiter nicht zu, dann stellt sich dieser formelle Mangel gleichermaßen bei der vereinsrechtlichen Mitgliederversammlung, der aktienrechtlichen Hauptversammlung oder der insolvenzrechtlichen Gläubigerversammlung dar. Ein Zählfehler[22] bei der Feststellung des Abstimmungsergebnisses ist etwa in der Wohnungseigentümerversammlung und in den Gesellschafterversammlungen der KG oder GmbH gleichermaßen möglich. Auch das fehlerhaft ausgeübte Vetorecht – etwa weil schon das zugrunde liegende Stimmrecht ausgeschlossen war[23] – ist gleichermaßen zu behandeln, unabhängig davon, ob der Fehler in einem Aufsichtsrat oder mehrköpfigen Vorstand auftritt. Dies erlaubt den Schluss, dass es kein privatrechtliches Kollektivorgan gibt, bei dem *kein* formeller Beschlussmangel auftreten kann.[24] Die Kategorie der formellen Beschlussmängel ist demzufolge bei allen privatrechtlichen Kollektivorganen notwendig.

Wenngleich die inhaltsbezogenen Beschlussmängel sehr verschieden sein können, lässt sich jedoch zeigen, dass in einem jeden Kollektivorgan ein Beschluss zwar formell fehlerfrei entstanden sein, jedoch inhaltlich an einem Mangel leiden kann. In jedem privatrechtlichen Kollektivorgan können verschiedene Lösungsmöglichkeiten abgewogen werden. Der Beschlussantrag lenkt die Organwalter zu einer Willensbildung und kanalisiert aus den abgewogenen Möglichkeiten diejenige heraus, die am meisten Erfolg verspricht. Den Organwaltern steht bei der inhaltlichen Bewältigung eines Beschlussgegenstands mithin meist ein Entscheidungsspielraum zu.[25] Dieser Entscheidungsspielraum und die damit verbundene inhaltliche Freiheit muss allen Kollektivorganen zugebilligt werden. Bei denjenigen Kollektivorganen, bei denen die Organwalter Eigentümer des Verbands sind, wie dies etwa in allen Gesellschafterversammlungen der Fall ist, ist das selbstverständlich. Im Kollektivorgan der Gläubigerversammlung folgt dieser gesetzlich angelegte Entscheidungsspielraum (vgl. nur die Entscheidung nach § 157 InsO über die Stilllegung des Schuldnerunternehmens oder seine vorläufige Fortführung) aus der Erkenntnis, dass ab Eintritt der materiellen Insolvenz das Unternehmen *wirtschaftlich* der Gläubigergesamtheit zusteht. Schließlich ist ein solcher Entscheidungsspielraum in all jenen Kollektivorganen anerkannt, in denen unternehmerische Entscheidungen getroffen werden, auch wenn die jeweiligen Organwalter nicht selbst Inhaber des Rechtsträgers sind. So ist dies etwa im Vorstand und Aufsichtsrat der Aktiengesellschaft der Fall,[26] aber auch für die unternehmerischen Entscheidungen des Gläubigeraus-

[22] Hierzu erstmals oben in § 4 VII. 2. a).

[23] Dazu oben in § 14 IV.

[24] Die Antithese „Es gibt privatrechtliche Kollektivorgane, bei denen es *keine* formellen Beschlussmängel gibt" erweist sich also als falsch.

[25] *Jacoby*, Das private Amt, S. 431.

[26] Siehe für einen Überblick etwa *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 76 Rn. 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schusses richtig[27]. Wenn aber in allen privatrechtlichen Kollektivorganen den Organwaltern im Ausgangspunkt ein Entscheidungsspielraum zugebilligt wird, ist in allen Kollektivorganen auch denkbar, dass das Ermessen fehlerhaft ausgeübt wird, insbesondere in einem besonderen Fall *nur eine* Entscheidung ermessensfehlerfrei ist und somit eine Ermessensreduktion auf null vorliegt. Dies bestätigt die Annahme, dass es die Kategorie des inhaltsbezogenen Fehlers in jedem Kollektivorgan gibt und zwar zumindest in der Form des Ermessensfehlers.

Wann und wie dieses Ermessen eingeschränkt wird, ist sodann nach den Eigenarten des jeweiligen Rechtsgebiets zu klären, also beispielsweise zu fragen, ob die Treuepflicht zwischen den Gesellschaftern oder gegenüber der Gesellschaft, die Grundsätze der ordnungsmäßigen Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums der Wohnungseigentümer oder die tragenden Grundsätze wie der Gläubigergleichbehandlungsgrundsatz im Insolvenzrecht Grenzen setzen.[28]

Damit erweist sich die erste These als wahr: Rechtsgebietsübergreifend lassen sich Beschlussfehler zwei Kategorien zuordnen. Fehler, die die Beschlussprozedur betreffen und damit die Entstehung des Beschlusses als Rechtsgeschäft, gehören zu den formellen Beschlussmängeln, inhaltsbezogene Fehler stellen materielle Beschlussmängel dar.[29] Diese Kategorisierung ist auf Positiv- und Negativbeschlüsse gleichermaßen anwendbar.[30]

2. Rechtsgebietsübergreifende Fehler in der Beschlussprozedur

Als zweite These wurde vorangestellt, dass – trotz aller Unterschiede in den Rechtsgebieten – bestimmte Fehler in jeder Beschlussprozedur eines privatrechtlichen Kollektivorgans auftreten können. Zuvorderst ist hier an die in § 5 III. entwickelte Erkenntnis anzuknüpfen, wonach der Beschluss als rechtsgeschäftliches Mittel der internen Willensbildung einem Kollektivorgan nicht grundsätzlich zur Verfügung steht, sondern von der Beschlusskompetenz für den konkreten Beschlussgegenstand abhängt. Ferner hat sich gezeigt, dass Organwalter für Beschlüsse, die – wie Bestellungsbeschlüsse – Pflichten auferlegen, jedoch nur insoweit über eine Beschlusskompetenz verfügen, als sie die Beschlussfassung unter einer aufschiebenden Bedingung i. S. v. § 158 Abs. 1 BGB vornehmen. Auch bei Vetobeschlüssen wurde erarbeitet, dass die Organwalter nur insoweit über eine Be-

[27] Dazu sogleich in § 16 IV. 2. a).

[28] Je nach Kollektivorgan können demnach besondere Interessen zu schützen sein, *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 179. Beispielsweise im Vereinsrecht soll die Treuepflicht so schwach sein, dass sie sich nicht zu einer Stimmpflicht in einer bestimmten Weise verdichten können soll, *Schwennicke*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 32 Rn. 107.

[29] Im Ergebnis so auch *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 15 II 1; *Jacoby*, Das private Amt, S. 430.

[30] Ebenso *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 180.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schlusskompetenz verfügen, als sie das für den Beschlussgegenstand bestehende Vetorecht respektieren. Eine Beschlussfassung ohne Beschlusskompetenz führt daher rechtsgebietsübergreifend zu fehlerhaften Beschlüssen. Ob auf Rechtsfolgenseite in der Folge unwirksame oder bloß anfechtbare Beschlüsse anzunehmen sind,[31] bestimmt sich abermals nach den Besonderheiten des jeweiligen Rechtsgebiets.

Ein solch rechtsgebietsübergreifender Beschlussmangel kann auf einem unbestimmten oder undurchführbaren Beschlussantrag beruhen. Was die *essentialia et accidentalia negotii* in der ersten Willenserklärung beim Vertragsschluss sind, ist der Beschlussantrag vor Abgabe der ersten Stimme bei der Beschlussprozedur.[32] Enthält der Beschlussantrag die *essentialia negotii* nicht, ist er in allen Kollektivorganen fehlerhaft. Verfügt eine GmbH über drei Geschäftsführer und beschließt die Gesellschafterversammlung nach § 46 Nr. 5 GmbHG „Der Geschäftsführer wird abberufen", dann fehlen diesem Beschluss die *essentialia negotii*, da die Angabe im Beschlussantrag fehlte, *welcher* dieser drei Geschäftsführer abberufen wird. Dieser Fehler ist beim Vereinsvorstand und beim aktienrechtlichen Vorstand und Aufsichtsrat gleichermaßen möglich. Ähnlich liegt der Fall, dass der Beschlussantrag in sich widersprüchlich und daher undurchführbar ist. Beschließt die Wohnungseigentümerversammlung „Das Dach wird unverzüglich instandgesetzt. Vor der Instandsetzung wird die weitere Entwicklung des Schadens abgewartet", dann kann der Beschluss nicht durchgeführt werden. Diese Art Fehler kann ebenfalls in allen Kollektivorganen auftreten.

Über alle privatrechtlichen Kollektivorgane hinweg ist weiter derjenige formelle Fehler einheitlich zu behandeln, wonach ein Versammlungsleiter *rechtsmissbräuchlich* das *Gegenteil* des Abstimmungsergebnisses verkündet (§ 4 VII. 2. a)). Wird die Funktion des Versammlungsleiters bei dem konstitutiven Tatbestandsmerkmal der Beschlussverkündung rechtsmissbräuchlich ausgeübt, ist der Beschluss zwar tatbestandlich in der Welt, das Rechtsgeschäft ist aber nichtig.[33] Der Beschluss löst folglich von Anfang an keine Rechtswirkung aus. Wie immer gilt nämlich, dass der Rechtsmissbrauch dem subjektiven Recht Schranken setzt, hier also dem Recht auf Verkündung des Beschlusses.

Rechtsgebietsübergreifend sind auch die oben untersuchten Willensmängel in allen Kollektivorganen möglich (§ 9). So ist beispielsweise vorstellbar, dass in einem

[31] Zur *Nichtigkeit* des Beschlusses im Wohnungseigentumsrecht BGH, Beschl. v. 20.09.2000 – V ZB 58/99, NJW 2000, 3500; *Rüscher*, in: Bärmann/Seuß, Praxis des Wohnungseigentums, 7. Aufl. 2017, § 23 Rn. 116; *Hogenschurz*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 62 Rn. 10 ff.

[32] Dazu oben in § 4 III. 2.

[33] In allgemeiner Form *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 20 Rn. 77 und aus der Rechtsprechung exemplarisch AG Hamburg, Beschl. v. 09.02.2010 – 102d C 122/08, BeckRS 2010, 15486 (1. Leitsatz „Eine vorsätzlich falsche Ergebnisfeststellung durch den Verwalter […] führt zur Nichtigkeit des gefassten Beschlusses, eine wissentlich und willentlich falsche Ergebnisfeststellung verstößt gegen die guten Sitten").

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Kollektivorgan einem Organwalter ein Erklärungsirrtum unterlaufen kann. Die Besonderheit besteht bei diesen Fehlern darin, dass die Rechtsfolge teils schon aus der Rechtsgeschäftslehre zu entnehmen ist, beispielsweise eine nur zum Schein abgegebene Stimme nach § 117 Abs. 1 BGB nichtig ist, ganz gleich, ob diese Stimme in der Wohnungseigentümerversammlung, im Aufsichtsrat oder im Gläubigerausschuss nur zum Schein abgegeben wurde.

Die Erkenntnis, dass bestimmte Fehler in jeder Beschlussprozedur eines privatrechtlichen Kollektivorgans auftreten können, zeigt damit, dass eine einheitliche Beschlussprozedur einen hohen Mehrwert hat. Eine typisierende Betrachtungsweise erleichtert dann nämlich auch den Umgang mit Beschlussmängeln, insbesondere, wenn diese während der Beschlussprozedur aufgetreten sind.

3. Die Rechtsgeschäftslehre als Grundstock für das jeweilige Beschlussmängelrecht

Als dritter Leitstrahl diente die These, dass die Rechtsgeschäftslehre den Grundstock für das jeweilige Beschlussmängelrecht bildet. Ob die Vorschriften der Rechtsgeschäftslehre von spezielleren Regelungen verdrängt werden (*lex specialis derogat legi generali*), ist eine Frage des jeweiligen Rechtsgebiets. Aus den bisherigen Erkenntnissen lassen sich bereits zwei Fehlerquellen benennen, bei denen schon die Rechtsgeschäftslehre die Rechtsfolge vorgibt, nämlich die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Dies gilt zunächst für formwidrige Rechtsgeschäfte, deren Nichtigkeit unmittelbar aus § 125 BGB folgt. Ordnet der Gesetzgeber als Ausnahme vom Grundsatz der Formfreiheit die Beachtung einer Formvorschrift an oder haben sich die Organe bzw. Organwalter selbst eine Formvorschrift auferlegt und wird diese bei der konkreten Beschlussfassung nicht erfüllt, ist der Beschluss nach § 125 BGB nichtig. Die Vorschrift ist folglich grundsätzlich auch auf den Beschluss als Rechtsgeschäft anwendbar.[34]

Aus dem Kapitel über die konkludent gefassten Beschlüsse (§ 7) ist darüber hinaus schon der Verstoß eines Beschlusses gegen ein Verbotsgesetz bekannt. Das genannte Beispiel eines Beschlusses, mit dem die GmbH-Gesellschafterversammlung gegenüber der Geschäftsführung die Teilnahme an einem Kartell angewiesen hatte, zeigt einen solchen Verstoß gegen § 1 GWB und damit einen Fall des § 134 BGB.[35] Im Grundsatz findet § 134 BGB damit auch auf Beschlüsse Anwendung,[36]

[34] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 180; *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 41.

[35] Zu § 1 GWB als Verbotsgesetz vgl. etwa *Maritzen*, in: Kölner Kommentar zum Kartellrecht, 2017, § 1 GWB Rn. 34 ff.

[36] BGH, Urt. v. 12.04.2019 – V ZR 112/18, Rn. 7; *Bartholomeyczik,* ZHR 105 (1938), 293; *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 180; *Enzinger,* in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 102; *Dörner*, HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 134 Rn. 2; *Bartholome,* in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 23 Rn. 120;

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sodass die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßenden Beschlüsse kraft Gesetzes nichtig sind.

Schließlich bestehen keine Bedenken, die §§ 138, 242 BGB ebenfalls auf Beschlüsse anzuwenden.[37] Beschlüsse, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind folglich kraft Gesetzes nichtig.

Damit bildet die Rechtsgeschäftslehre den Grundstock für das jeweilige Beschlussmängelrecht. In den jeweiligen Rechtsgebieten kann sodann auf diesem Grundstock aufgebaut werden. Der Gesetzgeber sieht Sonderregelungen etwa in § 241 AktG für die Beschlüsse der Hauptversammlung vor und zeigt eine solche *Verfeinerung* beispielsweise in § 242 AktG, wonach ein formnichtiger Beschluss der Hauptversammlung, der nach der Rechtsgeschäftslehre im Ausgangspunkt nach § 125 BGB nichtig wäre, in bestimmten Fällen geheilt werden kann.

Eine andere *Detailtechnik* zeigt § 23 Abs. 4 Satz 2 WEG, wonach ein Beschluss – mag er auch anfechtbar sein – gültig ist und bleibt, „solange er nicht durch rechtskräftiges Urteil für ungültig erklärt ist".[38] Die von einer solchen Regelung ausgehende Botschaft ist die, dass der „Preis" für das Wieder-aus-der-Welt-Nehmen eines zuvor in die Welt gesetzten Beschlusses ein hoher ist: Es müssen Kosten und Mühen eines gerichtlichen Verfahrens in Kauf genommen werden, womöglich über mehrere Instanzen. Damit wird der einmal begründete Tatbestand des Beschlusses und damit das Rechtsgeschäft geschützt.

Eine letzte Erkenntnis verdient besondere Betonung: Dass die Rechtsgeschäftslehre den Grundstock für ein Beschlussmängelrecht bildet, ist insbesondere dann wichtig, wenn das speziellere Rechtsgebiet über kein eigenes Beschlussmängelrecht verfügt. So ist dies etwa beim Beschluss des Gläubigerausschusses der Fall (§ 72 InsO), der mit keiner Klage angegriffen, vom Insolvenzgericht bzw. der Gläubigerversammlung nicht aufgehoben und typischerweise nur bei Schadensersatzansprüchen inzident geprüft werden kann.[39] Die in der Rechtsgeschäftslehre angelegten Grenzen (§§ 125, 134, 138, 242 BGB) sind dann, mangels speziellerer Vorschriften, von besonderer Bedeutung und werden nicht verdrängt.

Winnefeld, DB 1972, 1055 f.; *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2020, § 17 Rn. 48.

[37] Ebenso BGH, Urt. v. 12.04.2019 – V ZR 112/18, Rn. 7; *Bartholomeyczik,* ZHR 105 (1938), 293; *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 180; *Winnefeld,* DB 1972, 1055 f.; *Neuner,* Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. 2016, § 17 Rn. 48 (für § 138 BGB); *Enzinger,* in: MüKoHGB, 4. Aufl. 2016, § 119 Rn. 102; *Bartholome,* in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 23 Rn. 123.

[38] Zu einem Reformvorschlag *Skauradszun*, in: FS Riecke, 2019, 431, 436 ff.

[39] *Schmid-Burgk*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 22; *Jungmann*, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 72 Rn. 19. Ausführlich noch in § 16 IV. 2. a).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

II. Haftung der Organwalter

1. Das Stimmverhalten als Anknüpfungspunkt für Pflichtverletzungen bei Schadensersatzanspruchsgrundlagen

Im Deliktsrecht bereitet es oft keine Schwierigkeiten, die relevante Pflichtverletzung ausfindig zu machen. Wird ein absolutes Recht, wie das Leben, die Gesundheit oder das Eigentum, verletzt, versteht es sich geradezu von selbst, dass die Pflichtverletzung im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB in der Rechtsgutsverletzung liegt.[40] Aber schon die Frage, ob eine Pflichtverletzung im Deliktsrecht vorliegt, wenn eine Person etwas nicht tut, also eine Handlung unterlässt – dies könnte nachfolgend mit der Stimmenthaltung vergleichbar sein –, bereitet Schwierigkeiten.[41] Eine genauere Untersuchung, an welche Handlung dann die Pflichtverletzung anknüpft, ist also auch im allgemeinen Haftungsrecht nicht ungewöhnlich.

Im Folgenden wird nun die Haftung der Organwalter dargestellt. In vielen Kollektivorganen besteht zwischen den Organwaltern bzw. zwischen dem einzelnen Organwalter und der Gemeinschaft bzw. dem Verband ein Schuldverhältnis.[42] Im Grundsatz kommen daher Haftungsansprüche aus Vertrag und Delikt in Betracht.[43] Vorrangig ist daher zu klären, was der Anknüpfungspunkt für die Pflichtverletzung sein könnte.

In den vorangegangenen Kapiteln wurde stets zwischen der einzelnen Stimmabgabe als Willenserklärung und dem Beschluss als Rechtsgeschäft unterschieden.[44] Dementsprechend kann eine etwaige Pflichtverletzung entweder an die einzelne Stimmabgabe als Willenserklärung oder an den Beschluss als Rechtsgeschäft anknüpfen. Auf Grundlage der obigen Ausführungen löst die einzelne Stimmabgabe

[40] *Wagner*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 66 (dort auch Pflichtverletzung genannt, wenngleich im Deliktsrecht meist von einer Rechts- und Rechtsgutsverletzung gesprochen wird, so etwa schon die Überschriften bei *Staudinger*, in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 823 Rn. 3 f.).

[41] Zum pflichtwidrigen Unterlassen und der grundlegenden Frage, wann ein Unterlassen einem aktiven Tun gleichzustellen ist, *Förster*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 823 Rn. 100 ff.

[42] Siehe ausführlich sogleich in § 16 II. 2. a). Der Gläubigerausschuss weist hier allerdings Besonderheiten auf. Vgl. deshalb zu diesem Kollektivorgan § 16 IV.

[43] Exemplarisch für die GmbH *Bayer*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 14 Rn. 44; *Reichert/Weller*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2018, § 14 Rn. 58. Im Einzelnen ist dann zwischen schuldrechtlichen und mitgliedschaftsrechtlichen Ansprüchen zu differenzieren (Überblick für die GmbH etwa bei *Verse*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 14 Rn. 46 f.). Eine Wechselwirkung kann insoweit bestehen, als dass die Mitgliedschaft eines Organwalters ein absolutes Recht sein kann, das nach § 823 Abs. 1 BGB geschützt ist (*Reichert/Weller*, a. a. O.). Neben dem Gesellschaftsrecht gilt das etwa auch für die Mitgliedschaft im Verein (BGH, Urt. v. 12.03.1990 – II ZR 179/89, NJW 1990, 2877).

[44] Siehe § 3 I.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zwar keine direkte Rechtsfolge aus,[45] sie ist aber zumindest auf eine Rechtsfolge gerichtet und daher ein Baustein des späteren Beschlusses.[46] Dies kann je nach Beschlussgegenstand für die JA-Stimme gleichermaßen wie für die NEIN-Stimme gelten.[47] Ohne eine JA-Stimme kann es keinen positiven Beschluss geben; denkbar ist allerdings, dass überhaupt keine Stimme abgegeben wird und (irrig) ein Negativbeschluss verkündet wird.[48] Auch das kann Haftungsfragen aufwerfen. Ist aber schon die Stimmabgabe auf eine Rechtsfolge gerichtet und der Beschluss das Produkt und Ergebnis der Beschlussprozedur, spricht einiges dafür, dass etwaige Pflichtverletzungen schon an das Stimmverhalten anknüpfen und nicht erst an den Beschluss als Rechtsgeschäft. Dieser Ansatz wird dadurch gestützt, dass die einzelnen Stimmen ab der Verkündung des Beschlusses hinter den Beschluss als Rechtsgeschäft zurücktreten und von nun an das Rechtsgeschäft des Organs im Vordergrund steht und nicht mehr das Stimmverhalten der einzelnen Organwalter.[49] Würde man für die Pflichtverletzung nun an das Rechtsgeschäft des Organs anknüpfen, würde übersehen werden, dass jeder einzelne Organwalter seine etwaige Mitwirkungspflicht individuell zu erfüllen hat[50] und sich nicht hinter dem Kollektivorgan verstecken kann. Für das Schadensersatzrecht ist daher typisch, das persönliche Fehlverhalten des Organwalters zu bewerten und nicht zu fragen, ob das Kollektivorgan eine Pflicht verletzt hat.[51] Schließlich ist an die obige Grundlegung anzuknüpfen, wonach das einzelne Kollektivorgan nicht selbst rechtsfähig ist und daher nicht selbst Träger von (Schadensersatz-)Pflichten sein kann.[52] Es fügt sich nach alldem nahtlos in das Verbands- und Schadensersatzrecht ein, den Fokus auf das Stimmverhalten der Organwalter zu legen und eben nicht auf die Entscheidung des Kollektivorgans.[53]

---

[45] Ähnlich *Ernst,* Der Beschluss als Organakt, in: Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, 2012, S. 1, 17.

[46] Siehe § 3.

[47] In § 3 II. wurde begründet, warum auch die ablehnende Stimme alle Merkmale einer Willenserklärung erfüllt.

[48] Ausführlich in § 13 II. 1.

[49] Vgl. oben in § 5 I.

[50] Sehr treffend BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2015, 53, Tz. 22: „Eine etwaige Mitwirkungspflicht der Wohnungseigentümer ist individuell und nicht gemeinschaftlich zu erfüllen; den Pflichten des Verbands ist sie vorgelagert".

[51] Beispielsweise kommt es nach § 116 AktG nicht auf die Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats als Organ, sondern seiner Mitglieder an. Auch nach § 71 InsO ist nicht der Gläubigerausschuss als Organ zum Schadensersatz verpflichtet, sondern das einzelne Mitglied. Deshalb ist es richtig, wenn *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1152 betont, dass nicht der Gläubigerausschuss, sondern das jeweilige Mitglied für Fehler haftet.

[52] Vgl. oben in § 5 I. Ausdrücklich so für die Haftung im Gläubigerausschuss *Lehmann/Rettig*, NZI 2015, 790, 791, die ebenfalls an das Stimmverhalten anknüpfen und dies mit der fehlenden Rechtsfähigkeit des Gläubigerausschusses begründen.

[53] Dieses Ergebnis entspricht der h. M. bei der Haftung für das Stimmverhalten in der Wohnungseigentümerversammlung BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2015, 53, Tz. 18; BGH, Urt. v. 14.07.2017 – V ZR 290/16, NZG 2017, 1181; *Abramenko,* in: FS Merle,

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Mit dieser Sichtweise wird es möglich, die Pflichtverletzungen bei allen in den vorherigen Kapiteln untersuchten Kollektivorganen einheitlich an das Stimmverhalten der Organwalter anzuknüpfen. Auf dieser Grundlage kann nun gezeigt werden, wann ein Wohnungseigentümer sein Stimmrecht in oder außerhalb der Wohnungseigentümerversammlung pflichtgemäß oder pflichtwidrig ausgeübt, sowie, wann ein Gesellschafter einer Personen- oder Kapitalgesellschaft ein pflichtgemäßes oder pflichtwidriges Stimmverhalten an den Tag gelegt hat. Gleiches gilt für die Mitglieder des Aufsichtsrats oder des mehrköpfigen Vorstands. Auch beim Gläubigerausschuss und der Gläubigerversammlung bereitet es bei dieser Vorgehensweise keine Schwierigkeiten, auf das Stimmverhalten der Gläubiger und nicht auf die Entscheidung des Kollektivorgans abzustellen.

Wer dieser Sichtweise folgt und auf das Stimmverhalten des einzelnen Organwalters abstellt, wird einen interessanten Unterschied ausmachen, wenn er die Pflichtverletzung bei der Beschlussfassung mit der Pflichtverletzung im allgemeinen Schadensrecht vergleicht. Rechtsgutsverletzungen im Deliktsrecht sind häufig physischer Natur. Das Ausmaß der Pflichtverletzung – das verletzte Leben, die verletzte Gesundheit oder das verletzte Eigentum – ist meist unmittelbar mit den Sinnen zu erfassen. Eine Pflichtverletzung beim Stimmverhalten ist hingegen sehr viel abstrakter. Ein einfaches JA oder NEIN, eine Stimmenthaltung oder die Nichtteilnahme an der Versammlung können womöglich für die Pflichtverletzung genügen. Allerdings ist diese „*vergeistigte* Pflichtverletzung" nicht unbedingt sofort zu erkennen und mit den Sinnen auch nicht immer leicht zu erfassen.

Dies führt zu der Feststellung, dass das Stimmverhalten etwas sehr Bedeutendes sein muss, zumal andernfalls kaum zu rechtfertigen wäre, an das Stimmverhalten eine persönliche Haftung zu knüpfen.[54] Diese Erkenntnis ist keinesfalls banal, da viele Organwalter ihr Stimmrecht und ihr Stimmverhalten nicht als bedeutsam empfinden. Dies zeigt sich schon daran, dass die Präsenz vieler Hauptversammlungen und Gläubigerversammlungen bescheiden ausfällt und selbst bei prestigeträchtigen Aufsichtsräten die Anwesenheitsquote oft keine 100 Prozent erreicht.[55]

2010, S. 1, 9 (dazu ausführlich in § 16 III.); *Müller*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 14 Rn. 58a und im Gläubigerausschuss BGH, Urteil v. 22.1.1985 -VI ZR 131/83, ZIP 1985, 423; *Ampferl,* in: Kübler, Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz, Eigenverwaltung und Insolvenzplan, 2. Aufl. 2015, § 14 Rn. 54; *Lehmann/Rettig*, NZI 2015, 790, 791 (ausführlich in § 16 IV.).

[54] Dass das Stimmverhalten als Grundlage für eine persönliche Schadensersatzpflicht genügen kann, zeigen die Entscheidungen der Rechtsprechung (siehe schon die Einführung in § 1 und exemplarisch BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2015, 53; zu den letzten Entscheidungen des *V. Senats* hierzu *Skauradszun*, ZWE 2020, 105, 107).

[55] Bei der Commerzbank AG war beispielsweise 2018 auf der ordentlichen Hauptversammlung nur 51,39 % des Grundkapitals vertreten, 316.446 Stimmen wurden über Briefwahl abgegeben, was 0,03 % des Grundkapitals entspricht (Nachweise auf www.commerzbank.de). Bei der BASF SE waren auf der ordentlichen Hauptversammlung 2018 nur 52,19 % des Grundkapitals vertreten (www.basf.com). Nur wenig höher war die Quote bei der Linde AG mit 69,98 % (www.the-linde-group.com). Beim Aufsichtsrat der Commerzbank AG gab es beispielsweise 2017 Mitglieder, die nur an 77 % bzw. 88 % der Sitzungen teilgenommen haben.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Infolgedessen sind Organwalter teils sehr überrascht, wenn Gerichte zu ihrem Nachteil ausurteilen, dass das persönliche Stimmverhalten Grund genug für ihre persönliche Haftung ist.[56]

Im Schrifttum wird bei den jeweiligen Kollektivorganen typischerweise beschrieben, was zu den grundlegenden Rechten der Organwalter gehört. Das Teilnahme- und Stimmrecht wird dann häufig hervorgehoben.[57] Dies ist richtig, aber auch nur eine Seite der Medaille. Zu diesem Verständnis muss auch gehören, dass der einzelne Organwalter durch seine Teilnahme und sein Stimmverhalten einen mitunter entscheidenden Mitwirkungsbeitrag leistet.[58] Hier schließt sich nun der Kreis: In Kollektivorganen ist dieser *Mitwirkungsbeitrag* grundsätzlich *vergeistigt*, weshalb man bei einem fehlerhaften Mitwirkungsbeitrag von einer vergeistigten Pflichtverletzung sprechen kann. Der Mitwirkungsbeitrag besteht in der Ausübung des Stimmrechts. Die Stimmabgabe zielt auf eine Rechtsfolge ab und stellt daher eine Willenserklärung dar. Der Mitwirkungsbeitrag wird also schlicht durch Abgabe einer JA- oder NEIN-Stimme erfüllt. Die bloße Stimmenthaltung erfüllt den Mitwirkungsbeitrag im Grundsatz jedoch nicht vollständig. Die Nichtteilnahme an der Beschlussprozedur bedeutet den maximalen Ausfall an der Mitwirkung im Kollektivorgan.

Ob die verweigerte Stimmabgabe oder die Nichtteilnahme an der Beschlussprozedur pflichtwidrig ist, lässt sich für alle privatrechtlichen Kollektivorgane nicht einheitlich beantworten. Entsprechend den oben herausgearbeiteten Erkenntnissen scheint nämlich je nach betrachtetem Kollektivorgan mal mehr die Möglichkeit an einer Mitwirkung im Vordergrund zu stehen, mal mehr eine Pflicht dazu.[59] Bei der Aktiengesellschaft ist auf Ebene der Aktionäre aufgrund der Kompetenzverteilung zwischen den Organen und der starken Ausgestaltung der Vorstandskompetenzen mehr von einer Möglichkeit der Mitwirkung auszugehen, da die Einflussnahmemöglichkeit des einzelnen (Klein-)Aktionärs auf den Verband insgesamt beschränkt ist.[60] Von den Mitgliedern des Aufsichtsrats wird man deutlich mehr einen konstanten Mitwirkungsbeitrag bei der Willensbildung im Aufsichtsrat einfordern können. Hier schlägt das Pendel also deutlich mehr in Richtung Pflicht aus.

Der vergeistigte Mitwirkungsbeitrag hat bei allen Kollektivorganen die Folge, dass der einzelne Organwalter nicht für die Ausführung der Entscheidung des Kollektivorgans zuständig ist und damit typischerweise nicht „Hand anzulegen" hat.

[56] Deshalb hat die erstmalige Anerkennung der persönlichen Haftung der Wohnungseigentümer für ihr Stimmverhalten (BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2015, 53) in der Praxis so hohe Wellen geschlagen.

[57] Exemplarisch *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 4 Rn. 84 (für die GmbH), *Merle*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 4 (für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer).

[58] Siehe vorab schon für den Gläubigerausschuss im Insolvenzrecht *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1153 und ausführlicher ab § 16 IV.

[59] Dazu oben in § 5 II.

[60] Der BGH spricht dann exemplarisch davon, dass „die Möglichkeit des Kleinaktionärs zur Einflußnahme recht gering" sei (Urt. v. 20.03.1995 – II ZR 205/94, NJW 1995, 1739 – Girmes).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der Wohnungseigentümer hat beispielsweise nach einem Beschluss in der Wohnungseigentümerversammlung über die Erhaltung des Dachs im Regelfall nicht selbst die Dachziegel zu kaufen, auf das Dach zu transportieren und sodann zu verlegen.[61] Das Mitglied eines Gläubigerausschusses hat nach einem Beschluss über die Veräußerung eines Teilbetriebs des Insolvenzschuldners nicht selbst die Verkaufsgespräche zu führen, die Verträge zu schreiben, die Unterschriften zu leisten und die veräußerten Gegenstände zu übertragen. Gefordert ist in allen Kollektivorganen vielmehr die Ausübung des Stimmrechts und damit die Abgabe einer Willenserklärung.[62] Da das Stimmverhalten damit die Grundlage für das spätere Rechtsgeschäft bildet und das Rechtsgeschäft wiederum als Grundlage für die anschließende Ausführung fungiert, ist die Abgabe oder Nichtabgabe von Willenserklärungen haftungsrechtlich bedeutsam und ohne Weiteres tauglicher Anknüpfungspunkt für Pflichtverletzungen. Je eher diese Erkenntnis auch von dem einzelnen Organwalter im jeweiligen Kollektivorgan verinnerlicht wird, desto besser kann die persönliche Haftung für das Stimmverhalten vermieden werden.

Diese Erkenntnis wird wieder aufzugreifen sein, wenn bei den beiden ausgewählten Kollektivorganen nicht nur eine JA- oder NEIN-Stimme als Pflichtverletzung in Rede steht, sondern auch eine bloße Stimmenthaltung oder lediglich die Nichtteilnahme an der Versammlung. Wer aber den Gedankenschritt mitgeht, dass der Mitwirkungsbeitrag in Kollektivorganen durch das Ausüben des Stimmrechts erbracht wird und dem vergeistigten Mitwirkungsbeitrag ein mindestens gleichwertiges Gewicht wie dem physischen Mitwirkungsbeitrag zuspricht, wird sich kaum dagegen sperren können, dass auch die Stimmenthaltung oder die Nichtteilnahme an der Versammlung im Grundsatz ein pflichtwidriges Stimmverhalten darstellen kann, welches zu einer persönlichen Haftung des Organwalters führen mag. Schließlich kann dann auch nicht mehr gesagt werden, dass die Organwalter keine bestimmte Stimmabgabe schuldeten, sondern nur das sorgfältige Mitwirken an der Beschlussprozedur.[63] In besonderen Fällen wird es vielmehr so sein, dass lediglich ein *bestimmtes* Stimmverhalten pflichtgemäß und daher vom einzelnen Organwalter geschuldet ist.

2. Wer trägt die Beweislast für das pflichtwidrige Stimmverhalten?

Wenn nach dem soeben Gesagten die Stimmabgabe der Anknüpfungspunkt für Pflichtverletzungen ist, wird jedenfalls in größeren Kollektivorganen für den Anspruchsteller – gleich ob Verband oder anderer Organwalter – nicht ohne Weiteres ersichtlich sein, wie der jeweilige Organwalter abgestimmt hat. Ob ein konkreter Organwalter pflichtgemäß oder pflichtwidrig abgestimmt hat, kann aber nur beurteilt werden, wenn das individuelle Stimmverhalten bekannt ist. Ist beispielsweise nur ein

[61] *Skauradszun,* NZM 2015, 273, 279; *Skauradszun*, ZWE 2020, 105, 106 und 111.

[62] *Skauradszun*, ZWE 2020, 106.

[63] So aber noch *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 139.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Positivbeschluss zu einem bestimmten Beschlussgegenstand pflichtgemäß, dann kann die Pflichtmäßigkeit des Stimmverhaltens der Organwalter nur beurteilt werden, wenn bekannt ist, wer mit JA oder NEIN gestimmt bzw. sich der Stimme enthalten hat. Die Problematik ist erstmals in dem vorherigen Kapitel bei der Untersuchung, ob es geheime Stimmabgaben geben kann, virulent geworden (§ 15). Es zeigte sich, dass sich rechtliche Untersuchungen des Stimmverhaltens erübrigen, wenn nach der Versammlung nicht einmal das tatsächliche Stimmverhalten geklärt werden kann. Eine ähnliche Situation liegt vor, wenn das individuelle Stimmverhalten nicht dokumentiert wurde und Schadensersatzansprüche erst zeitlich versetzt geprüft und geltend gemacht werden. In diesen Fällen ist es naheliegend, dass die in Anspruch genommenen Organwalter keine Aussage zu ihrem Stimmverhalten machen, ein bestimmtes Stimmverhalten bestreiten oder vielleicht sogar ein gegenteiliges Stimmverhalten behaupten.

Aus dem Elfenbeinturm mag vielleicht der Einwand erhoben werden, die übrigen Organwalter könnten als Zeugen geladen werden. Diese unterlägen einer Wahrheitspflicht,[64] sodass spätestens in der Beweisaufnahme geklärt werden könnte, wie der jeweilige Organwalter abgestimmt hat. Notfalls müsse dann über einen Beklagtenwechsel nachgedacht werden,[65] der in erster Instanz teils noch zu bewerkstelligen ist.[66] Ein solcher Einwand hätte mit der Praxis des Prozessrechts allerdings wenig gemein. Weder dem Kläger noch den Organwaltern, die pflichtgemäß abgestimmt haben, ist es zumutbar, eine Klage „auf gut Glück" zu erheben bzw. verklagt zu werden, in der Hoffnung, in der Beweisaufnahme den richtigen Beklagten herauszufinden. Ein solches Vorgehen würde mit einem erheblichen Kostenrisiko einhergehen.[67] Zudem lehrt die Praxis, dass Zeugen teils tatsächlich nicht mehr sagen können, wie sie am Tag X beim Beschlussgegenstand Y abgestimmt haben, oder – trotz prozessualer Wahrheitspflicht – gleichwohl nicht die Wahrheit sagen, sondern womöglich überraschende Erinnerungslücken aufweisen.

Somit führt kein Weg an der Frage vorbei, wer das tatsächliche Stimmverhalten der Organwalter im Kollektivorgan im Bestreitensfalle zu beweisen hat. Kann womöglich grundsätzlich vertreten werden, dass ein jeder Organwalter verpflichtet ist

[64] Vgl. § 395 Abs. 1 ZPO und allgemein zur Wahrheitspflicht von Zeugen *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 18. Aufl. 2018, § 121 Rn. 17.

[65] Der bisherige Beklagte hat dann zuzustimmen, dass ihm gegenüber die Klage zurückgenommen wird (§ 269 Abs. 1 ZPO). Das wäre nur entbehrlich, wenn die Anträge nach § 137 Abs. 1 ZPO noch nicht gestellt wurden. Da sich das Verfahren schon in der Beweisaufnahme befindet, werden die Anträge regelmäßig gestellt worden sein, sodass es der Einwilligung des bisherigen Beklagten bedarf. Der neue Beklagte – soll ihn das bisherige Prozessergebnis binden – muss ebenfalls einwilligen (§ 263 ZPO). Siehe hierzu *Becker-Eberhard,* in: MüKoZPO, 5. Aufl. 2016, § 263 Rn. 77 f.

[66] Siehe zum Beklagtenwechsel in der Berufungsinstanz *Becker-Eberhard,* in: MüKoZPO, 5. Aufl. 2016, § 263 Rn. 79 ff.

[67] Da die Klage gegenüber dem bisherigen Beklagten zurückgenommen wurde, ist der Kläger verpflichtet, die Kosten des Rechtsstreits zu tragen (§ 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO). Ob die in Satz 2 angelegte Ausnahme bejaht werden kann, hängt wohl vom jeweiligen Einzelfall ab.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zu beweisen, dass er *pflichtgemäß* abgestimmt hat? Ganz fernliegend wäre ein solcher Ansatz nicht, da es dem Privatrecht nicht unbekannt ist, dass nicht nur das Vertretenmüssen, sondern auch die Pflichtverletzung vermutet wird. Damit würde einem Organwalter die Beweislast für den (vollen) Gegenbeweis auferlegt werden. So findet sich im Aktienrecht in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG eine solche Beweislastverteilung, die nach ganz herrschender Meinung dazu führt, dass das einzelne Mitglied des Vorstands die Beweislast für die fehlende Pflichtwidrigkeit trifft.[68] Dass es sich hier um keinen Einzelfall handelt, zeigt schon, dass diese Beweislastregelung nach herrschender Meinung im GmbH-Recht analog auch auf die Geschäftsführer der GmbH anzuwenden ist.[69]

Die Sache muss jedoch vielschichtiger betrachtet werden. Zum einen erscheint es sinnvoll, danach zu differenzieren, welche Schadensersatzanspruchsgrundlage in welchem Verhältnis herangezogen wird, da organschaftliche Anspruchsgrundlagen nur für das Verhältnis zwischen Verband und Organwalter anwendbar und die dortigen Besonderheiten kaum verallgemeinerungsfähig sind. Zum anderen ist genauer zu fragen, wie bei der jeweiligen Anspruchsgrundlage die Beweislastverteilung ausgestaltet ist. Dabei wird sich zeigen, dass selbst die extensive Auslegung von Normen wie § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG nicht hilft, über das grundsätzliche Problem hinwegzuhelfen, dass *der Anspruchsteller* das tatsächliche Stimmverhalten des jeweiligen Organwalters nachzuweisen hat.

a) Die Vielfalt der Anspruchsteller

Bei der ersten Unterscheidung ist zu fragen, in welchem Verhältnis eine Schadensersatzanspruchsgrundlage geltend gemacht werden soll, welcher Anspruchsteller also den Organwalter auf Schadensersatz in Anspruch nehmen will. Anspruchsteller kann zum einen der Verband sein, darüber hinaus ein anderer Organwalter des Kollektivorgans, schließlich ein außenstehender Dritter. Beim jeweiligen Anspruchsteller kann sodann zwischen organschaftlichen, vertraglichen und deliktischen Schadensersatzanspruchsgrundlagen unterschieden werden.

Allgemeine organschaftliche Schadensersatzanspruchsgrundlagen des Verbands gegen einzelne Organwalter kennen insbesondere die Gesellschaftsrechtsgesetze. Gegen die Mitglieder des Vorstands findet sich die organschaftliche Schadensersatzanspruchsgrundlage in § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG, gegen die Mitglieder des Aufsichtsrats in § 116 Satz 1 i. V. m. § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG und gegen die Mitglieder der Geschäftsführung der GmbH in § 43 Abs. 2 GmbHG. Vom Anspruchsaufbau vergleichbar haften danach Vorstandsmitglieder, Aufsichtsratsmitglieder

[68] *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 93 Rn. 53; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 93 AktG Rn. 36; *Spindler*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 203.

[69] *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43 Rn. 36; *Haas/Ziemons*, in: BeckOK GmbHG, 41. Ed. 01.11.2019, § 43 Rn. 315; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43 Rn. 270.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bzw. Geschäftsführer, die ihre Pflichten verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner. Die genannten Organwalter haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Für die Aufsichtsratsmitglieder gilt dies sinngemäß. Aufgrund des weiten Wortlauts der organschaftlichen Schadensersatzanspruchsgrundlagen bestehen keine Bedenken, dass das pflichtwidrige Stimmverhalten unter die dort genannte Pflichtverletzung subsumiert werden kann.

Ferner können im Verhältnis Verband gegen den Organwalter in besonderen Fällen Ansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB in Betracht kommen, sofern neben dem Organschaftsverhältnis auch ein Anstellungsvertrag geschlossen wurde und organschaftliche Schadensersatzanspruchsgrundlagen die allgemeine Norm des § 280 BGB nicht (vollständig) verdrängen.[70] Schließlich ist im Verhältnis des Verbands gegen den einzelnen Organwalter das allgemeine Deliktsrecht anwendbar, sodass das Stimmverhalten, welches schuldhaft ein absolutes Rechtsgut des Verbands verletzt, gegen ein Schutzgesetz verstößt oder den Verband sittenwidrig vorsätzlich schädigt, zu Ansprüchen aus den §§ 823 ff. BGB führen kann.

In vielen Kollektivorganen besteht zwischen den Organwaltern ein Schuldverhältnis im Sinne von § 241 BGB, sodass im Verhältnis der Organwalter zueinander Schadensersatzansprüche aus §§ 280 ff. BGB in Betracht kommen. So besteht etwa zwischen Gesellschaftern einer Personengesellschaft, wie der GbR, und zwischen dem einzelnen Gesellschafter und der Gesellschaft ein Schuldverhältnis.[71] Dieses Schuldverhältnis entsteht durch den Gesellschaftsvertrag.[72] Bei der GmbH sind Schuldverhältnisse zwischen den Gesellschaftern und zur Gesellschaft ebenfalls anerkannt;[73] Gleiches gilt für die AG[74]. Auch zwischen den Wohnungseigentümern besteht ein Schuldverhältnis.[75] Deliktische Ansprüche zwischen den Organwaltern

[70] Der BGH nimmt eine solche Verdrängung z. B. zwischen dem spezielleren § 43 Abs. 2 GmbHG und dem allgemeineren § 280 Abs. 1 BGB an (Beschl. v. 26.11.2007 – II ZR 161/06, NZG 2008, 104). Ebenso aus dem Schrifttum *Oetker*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 43 Rn. 3; für eine Anspruchskonkurrenz hingegen *Ziemons*, in: Michalski/Heidinger/Leible/J.Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 43 Rn. 14. Für § 280 Abs. 1 BGB verbleibt jedenfalls ein Anwendungsbereich, wenn der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers mit einem Dritten abgeschlossen wurde und dort der Schaden eingetreten ist (*Oetker*, a. a. O.; *Fleischer*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2019, § 43 Rn. 8).

[71] *Schäfer*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, vor § 705 Rn. 14; *Servatius*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 705 BGB Rn. 41.

[72] Für die GbR exemplarisch *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 5 Rn. 75.

[73] *Reichert/Weller*, in: MüKoGmbHG, 3. Aufl. 2018, § 14 Rn. 58.

[74] Allerdings lässt sich zwischen den Mitgliedern des Vorstands bzw. Aufsichtsrats nicht ohne Weiteres ein Schuldverhältnis bejahen.

[75] OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.02.1983 – 4 W 97/82, OLGZ 1985, 133, 138; *Armbrüster*, ZWE 2002, 333; *Abramenko,* in: FS Merle, 2010, S. 1; *Suilmann,* ZWE 2013, 82 ff.; *Suilmann*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 10 Rn. 32; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 10 WEG Rn. 20; wie selbstverständlich angenommen etwa in BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2015, 53.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sind im Grundsatz ebenfalls denkbar und bei Gesellschaftern und Wohnungseigentümern auch nicht allzu fernliegend, da die Mitgliedschaft in einer Gesellschaft und das Miteigentum am gemeinschaftlichen Eigentum im Sinne von § 1 Abs. 2 WEG absolute Rechtsgüter darstellen.[76]

Schließlich kommen außenstehende Dritte als Anspruchsteller in Betracht. Da die organschaftliche Haftung im Kapitalgesellschaftsrecht als Innenhaftung ausgestaltet ist, kommen für diese meist nur deliktische Ansprüche in Betracht.[77] Für vertragliche Schadensersatzansprüche fehlt es regelmäßig an einem vertraglichen Schuldverhältnis.

b) Allgemeine und besondere Beweislastverteilung

Sodann ist danach zu unterscheiden, ob eine Schadensersatzanspruchsgrundlage eine Aussage zur Beweislastverteilung macht, oder der allgemeine Grundsatz der Normentheorie gilt, wonach jede Partei die Voraussetzungen der ihr günstigen Norm zu beweisen hat.[78]

Da beim allgemeinen vertraglichen Schadensersatzanspruch der Gläubiger die Pflichtverletzung zu beweisen hat,[79] hätte der Anspruchsteller das konkrete pflichtwidrige Stimmverhalten zu beweisen. Dies gilt gleichermaßen für pflichtwidriges Handeln in Form einer aktiven Stimmabgabe oder unterlassenen Stimmabgabe.[80] Eine besondere Beweislastverteilung enthält § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB nur für das Vertretenmüssen. Die deliktischen Schadensersatzanspruchsgrundlagen gehen ebenfalls von diesem Grundsatz aus: Der Gläubiger hat die Verletzungshandlung und die dadurch entstandene Rechts- bzw. Rechtsgutsverletzung zu beweisen.[81]

Eine Erleichterung könnten daher auf Ebene der Pflichtverletzung nur die organschaftlichen Schadensersatzansprüche vorsehen. Betrachtet man nun aber genauer, was die herrschende Meinung auf Ebene der Pflichtverletzung zulasten des Organwalters vermutet, dann zeigt sich das gleiche Dilemma. Der Verband hat die Handlung des Organwalters zu beweisen, also dasjenige Tun oder Unterlassen, welches der Verband dem Organwalter als möglicherweise pflichtwidrig vorwerfen

[76] *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 41. Aufl. 2017, § 45 Rn. 12; *Wagner*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 306 f.; *Förster*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 823 Rn. 171.

[77] *Bitter/Heim*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 69 f. und 74 sowie § 4 Rn. 139; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 43 Rn. 5; *Skauradszun/Spahlinger*, DB 2015, 2559, 2561. In besonderen Fällen kann ein Anspruch aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 3, 241 Abs. 2 BGB in Betracht kommen.

[78] *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPO, 18. Aufl. 2018, § 114 Rn. 7.

[79] *Lorenz*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 280 Rn. 78 f.; *Ernst*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 280 Rn. 33.

[80] In allgemeiner Form *Lorenz*, in: BeckOK BGB, 53. Ed. 01.02.2020, § 280 Rn. 78 f.

[81] *Wagner*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 85.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

will. Erst wenn dem Verband dies gelingt, wird vermutet, dass diese Handlung pflichtwidrig war.[82] Wenn bei einem konkreten Beschluss ausschließlich eine NEIN-Stimme pflichtgemäß war, hat der Verband die Handlung zu beweisen, die er dem Organwalter als pflichtwidrig vorwerfen will. Der Verband muss also beweisen können, dass der Organwalter mit JA gestimmt oder sich der Stimme enthalten hat. Kann er dies nicht, bleibt er beweisfällig und verliert die Leistungsklage. Auch die extensive Auslegung von § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG hilft also im Aktienrecht nicht über das grundsätzliche Problem hinweg.

Um dieses Dilemma zu beseitigen hat Dröge vorgeschlagen, aus der Teilnahme an einer Versammlung, in der ein rechtswidriger Beschluss gefasst wurde, zu folgern, dass sich die daran beteiligten Organwalter unter Umständen pflichtwidrig verhalten haben. Der rechtswidrige *Beschluss* sei also Indiz für das pflichtwidrige *Stimmverhalten.* Infolgedessen habe der in Anspruch genommene Organwalter darzulegen und zu beweisen, dass er pflichtgemäß abgestimmt hat.[83]

Dieser Vorschlag hat Für und Wider. Dafür spricht, dass dem Anspruchsteller die Verfolgung seines Schadensersatzanspruchs deutlich erleichtert wird. Dafür spricht auch, dass ein tatsächliches Verhalten indiziert wird, welches aus der eigenen Sphäre des Organwalters stammt. Es sollte dem Organwalter, der ein *pflichtgemäßes* Stimmverhalten darlegen will, also möglich sein, den Gegenbeweis zu führen. Gegen diesen Vorschlag spricht jedoch, dass im vorherigen Kapitel gezeigt wurde, dass der Anknüpfungspunkt für pflichtwidriges Stimmverhalten an der einzelnen Stimmabgabe und nicht an dem Beschluss besteht. Es ist daher nicht logisch, nun doch beim pflichtwidrigen Beschluss anzusetzen und daraus das pflichtwidrige Stimmverhalten abzuleiten.

Entscheidend aber ist, dass ein rechtswidriger Beschluss teils nur von einer knappen Mehrheit getragen wird und daher fast die Hälfte der Organwalter *pflichtgemäß* abgestimmt hat. All diese Organwalter wären nun gezwungen, vollen Gegenbeweis zu führen, um sich von der drohenden Haftung zu befreien. Das dürfte insbesondere dann, wenn die Inanspruchnahme erst zeitlich später vorgenommen wird, in vielen Fällen kaum mehr möglich sein, obwohl das Stimmverhalten aus ihrer eigenen Sphäre stammt. Damit wäre zu befürchten, dass viele Organwalter haften müssten, die eigentlich nicht pflichtwidrig abgestimmt haben. So reizvoll der Vorschlag von Dröge auch klingt, so häufig könnte er in der Praxis zu unzutreffenden Ergebnissen führen.

Nach alldem bleibt festzuhalten, dass der jeweilige Anspruchsteller die Beweislast für das konkrete Stimmverhalten trägt.[84]

---

[82] So für die Vorstandshaftung *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 93 Rn. 53; *Spindler*, in: MüKoAktG, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 208.

[83] *Dröge*, Haftung für Gremienentscheidungen, S. 145.

[84] Wie hier für das Wohnungseigentumsrecht *Müller*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 14 Rn. 61.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

III. Die Haftung für Stimmverhalten in bürgerlich-rechtlichen Kollektivorganen am Beispiel der Wohnungseigentümerversammlung

Die Untersuchung des Stimmverhaltens in der Wohnungseigentümerversammlung erscheint besonders ergiebig zu sein, da hier 2014 und 2018 höchstrichterliche Entscheidungen bekannt geworden sind, die die Möglichkeit einer persönlichen Haftung der Wohnungseigentümer für ihr Stimmverhalten anerkannt haben und die in der Folge zu umfangreichen Untersuchungen im Schrifttum führten. Das Wohnungseigentumsrecht erscheint aber auch deshalb dogmatisch reizvoll, da dieses Rechtsgebiet in das Bürgerliche Recht eingebettet ist, sich gleichzeitig vieler Elemente aus dem klassischen Gesellschaftsrecht bedient und über ein eigenes prozessuales Beschlussmängelrecht verfügt. Gerade das prozessuale Beschlussmängelrecht erfordert die Untersuchung mit der Frage zu beginnen, ob materiellrechtliche Schadensersatzansprüche überhaupt neben einem prozessualen Beschlussmängelrecht bestehen können oder ob das prozessuale Beschlussmängelrecht materiell-rechtliche Schadensersatzansprüche grundsätzlich verdrängt (dazu unter 1.). Erst wenn das Verhältnis zwischen Prozessrecht und materiellem Recht geklärt ist, kann untersucht werden, ob und wann Anspruchsgrundlagen erfüllt sind, mit denen Schäden ersetzt werden können, die auf pflichtwidriges Stimmverhalten zurückzuführen sind (2.).

1. Prozessuale Konsequenzen eines pflichtwidrigen Stimmverhaltens

Allein schon die Existenz eines prozessualen Beschlussmängelrechts führt zu der Frage, ob der Gesetzgeber fehlerhafte Beschlüsse allein im Prozessrecht behandelt haben wollte. Dieser Gedanke liegt schon deshalb nahe, da nach der Versammlung meist ein Positiv- oder Negativbeschluss in der Welt ist, der Beschlussantrag in dieser Versammlung verbraucht wurde und der unterlegene Organwalter sich zunächst einmal der Majorität geschlagen geben oder die fehlende Unterstützung anderer Organwalter hinnehmen muss. Stellt der Gesetzgeber in den §§ 43 ff. WEG nun ein eigenes Beschlussmängelrecht zur Verfügung, scheint er sich die Aufarbeitung des fehlerhaften Beschlusses *vor Gericht* vorzustellen. Ein pflichtwidriges Stimmverhalten scheint also allenfalls *prozessuale* Konsequenzen nach sich zu ziehen, allen voran also die Beschlussanfechtungsklage nach § 46 Abs. 1 WEG,[85] mit der der Beschluss wieder aus der Welt gebracht werden soll, ggf. auch eine Beschlussersetzungsklage.

[85] Nach dem WEMoG (RegE vom 23.03.2020) sollen alle Beschlussklagen künftig in § 44 WEG-E gebündelt werden.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

a) Prozessrechtliche Vorschriften als vorrangiger Rechtsschutz?

Allen voran haben sich Abramenko und Armbrüster/Kräher mit der Frage beschäftigt, ob das prozessuale Beschlussmängelrecht materiell-rechtliche Schadensersatzansprüche nach dem Auslegungsgrundsatz *lex specialis derogat legi generali* verdrängt.[86] Der durch prozessuale Möglichkeiten vermittelte Rechtsschutz erscheint in der Tat vorrangig zu sein, da der Gesetzgeber insbesondere in § 46 WEG vorgegeben hat, in welcher Weise ein Organwalter auf ein pflichtwidriges Stimmverhalten reagieren kann. In § 46 WEG hat er dazu nicht das Geltendmachen von materiell-rechtlichen Schadensersatzansprüchen vorgesehen, sondern das Erheben einer Beschlussanfechtungsklage. Gerade weil der Gesetzgeber die Erhebung der Beschlussanfechtungsklage an eine Frist geknüpft hat, brachte er zum Ausdruck, dass der vorrangige Weg nicht ein materiell-rechtlicher, sondern ein prozessualer ist.[87] Deshalb entspricht es heute auch zu Recht der ganz herrschenden Meinung, dass das Versäumen dieser Anfechtungsfrist auf die materiell-rechtliche Rechtslage durchschlägt.[88] Ein etwaiger Mangel des Beschlusses wird mit Ablauf der Präklusionsfrist unbeachtlich. Der Beschluss ist nunmehr bestandskräftig, dauerhaft bindend und umzusetzen.[89]

Das Zusammenwirken von materiell-rechtlichen Schadensersatzansprüchen und prozessualem Beschlussmängelrecht wird am deutlichsten, wenn ein Beschluss nicht rechtzeitig angefochten wurde und deshalb bestandskräftig geworden ist. Würde nun ein Organwalter die übrigen Organwalter für deren Stimmverhalten auf Schadensersatz in Anspruch nehmen, würde die Anfechtungsfrist *ad absurdum* geführt und die Bestandskraft des Beschlusses unterlaufen werden.[90] Da ein Schadensersatzanspruch im Grundsatz zur Naturalrestitution verpflichtet (§ 249 Abs. 1 BGB), könnte der Organwalter von den übrigen Organwaltern verlangen, dass der Zustand wiederhergestellt wird, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Das könnte eben auch bedeuten, den Beschluss durch einen Zweitbeschluss aufheben zu müssen. Die Bestandskraft hätte folglich keinen Wert

[86] *Abramenko,* in: FS Merle, 2010, S. 1, 5; *Armbrüster/Kräher,* ZWE 2014, 1, 6. Gegen ein solches Spezialitätsverhältnis *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 25 WEG Rn. 210.

[87] Der BGH bringt das in seinem 1. Leitsatz im Urt. v. 13.07.2012 – V ZR 94/11, NJW 2012, 2955 treffend auf den Punkt: „Ein Anspruch auf Schadensersatz wegen verzögerter Beschlussfassung über notwendige Instandsetzungsmaßnahmen nach §§ 280 I, II, 286 BGB scheidet aus, wenn der betroffene Wohnungseigentümer vorher gefasste Beschlüsse über die Zurückstellung der Instandsetzung nicht angefochten hat". In dem Beschluss v. 14.11.2019 – V ZR 63/19, ZWE 2020, 78, hielt der Senat daran fest.

[88] BGH, Urt. v. 16.01.2009 – V ZR 74/08, NZM 2009, 199; BGH, Beschl. v. 14.11.2019 – V ZR 63/19, ZWE 2020, 78; *Abramenko,* in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 46 Rn. 15 (die Klage ist dann unbegründet); *Suilmann,* in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 46 Rn. 71; *Spreng*, in: Soergel, BGB, 2018, § 46 WEG Rn. 97 f.

[89] Vgl. BGH, Urt. v. 23.02.2018 – V ZR 101/16, NJW 2018, 2550, Tz. 44.

[90] *Abramenko,* in: FS Merle, 2010, S. 1, 6; *Jacoby,* ZWE 2014, 8, 11; diesbezüglich wieder zustimmend *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 25 WEG Rn. 210.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mehr. Deshalb ist der Ansatz von Abramenko und Armbrüster/Kräher, wonach im Grundsatz das prozessuale Beschlussmängelrecht die allgemeinen materiell-rechtlichen Schadensersatzansprüche verdrängt, überzeugend.

b) Wann bleibt ein Anwendungsbereich für materiell-rechtliche Schadensersatzansprüche?

Betrachtet man die Aussagen zum Vorrang des prozessualen Beschlussmängelrechts in der älteren Rechtsprechung, entsteht der Eindruck, als ob materiell-rechtliche Schadensersatzansprüche neben dem prozessualen Beschlussmängelrecht grundsätzlich nicht anwendbar seien und damit für Schadensersatzansprüche grundsätzlich kein Anwendungsbereich verbleibt.[91] Als Argument wird hierbei genannt, dass ein Beschluss nicht doppelt überprüft werden solle, nämlich sowohl im Wege der Anfechtungsklage als auch im Wege des eingeklagten Schadensersatzanspruchs.

Ein gewisses Verständnis für die Rechtsprechung wird man aufbringen müssen, ein und dieselbe Rechtsfrage – ob nämlich das Stimmverhalten pflichtwidrig war – nicht doppelt prüfen zu wollen, allein schon um richterliche Ressourcen zu sparen und womöglich widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden.[92] Dass für materiell-rechtliche Schadensersatzansprüche jedoch überhaupt kein Anwendungsbereich mehr verbleiben soll, erscheint doch etwas zu holzschnittartig entschieden. Insbesondere wäre es befremdlich, wenn schuldhafte Pflichtverletzungen schadensersatzrechtlich folgenlos blieben, nur weil sie „durch Beschluss begangen“[93] wurden.

Richtig erscheint vielmehr, nach dem Zeitpunkt des Schadenseintritts zu differenzieren. Kann ein Schaden durch fristgerechte Erhebung einer Anfechtungsklage verhindert werden, ist das prozessuale Beschlussmängelrecht vorrangig.[94] Tritt ein Schaden hingegen schon vor Ablauf der Anfechtungsfrist ein, kann in diesem Moment ein materiell-rechtlicher Schadensersatzanspruch entstehen, der vom prozes-

---

[91] So noch KG, Urt. v. 30.11.1990 – 24 W 3939/90, NJW-RR 1991, 402. Wohl immer noch zweifelnd KG, Urt. v. 17.10.2001 – 24 W 9876/00, NZM 2001, 1085, 1086.

[92] Solch widersprüchliche Entscheidungen sind zwar nicht schon deshalb denkbar, da die Anfechtungsklage vor dem Amtsgericht zu führen wäre, in dessen Bezirk das Grundstück liegt (§ 23 Nr. 2c GVG, § 43 Nr. 4 WEG), während für die Leistungsklage auf Schadensersatz der allgemeine Gerichtsstand des beklagten Organwalters gelten würde (§§ 12 ff. ZPO, § 7 BGB). Denn dieser besondere Schadensersatzanspruch resultiert aus einer Pflichtverletzung der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums (nämlich der Mitwirkungspflicht nach §§ 20, 21 WEG), sodass auch hierfür ausschließlich das Amtsgericht zuständig ist, in dessen Bezirk das Grundstück liegt (§ 43 Nr. 1 WEG). Allerdings können innerhalb des zuständigen Amtsgerichts unterschiedliche Referate zuständig sein oder Richterwechsel eintreten.

[93] Zutreffend daher OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.02.1983 – 4 W 97/82, OLGZ 1985, 133, 138.

[94] Überzeugend schon *Abramenko,* in: FS Merle, 2010, S. 1, 6.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sualen Beschlussmängelrecht nicht per se verdrängt wird.[95] Der geschädigte Organwalter muss allerdings noch innerhalb der Anfechtungsfrist die Anfechtungsklage erheben, da der Beschluss andernfalls bestandskräftig wird[96] und dann – wie oben gezeigt – der materiell-rechtliche Schadensersatzanspruch die prozessuale Bestandskraft nicht aushebeln kann. Eine dritte Fallgruppe betrifft diejenigen Schäden, die trotz erhobener Anfechtungsklage erst im Laufe des Verfahrens entstehen. Auch hier haben materiell-rechtliche Schadensersatzansprüche einen Anwendungsbereich.

Komplizierter ist schließlich der Sonderfall des Negativbeschlusses. Lehnen die Wohnungseigentümer mehrheitlich einen Beschlussantrag ab und entsteht dem überstimmten Organwalter dadurch ein Schaden, soll das prozessuale Beschlussmängelrecht die allgemeinen materiell-rechtlichen Schadensersatzansprüche verdrängen.[97] Dies erschließt sich jedoch nicht.[98] Richtig ist zwar, dass auch ein Negativbeschluss angefochten und mit einer Gestaltungsklage auf Ersetzung des geschuldeten Beschlusses kombiniert werden kann, es ist aber kein schlagendes Argument ersichtlich, warum der nun eingetretene Schaden nicht mit einem Schadensersatzanspruch ersetzt verlangt werden kann. Da die Gestaltungsklage keine Frist kennt, kann auch der nicht gefasste Positivbeschluss nicht in Bestandskraft erwachsen.

2. Materiell-rechtliche Konsequenz eines Stimmverhaltens

Ist nun geklärt, in welchen Fällen materiell-rechtliche Schadensersatzansprüche einen Anwendungsbereich neben dem prozessualen Beschlussmängelrecht haben, kann nun untersucht werden, wann Organwalter einer Wohnungseigentümerversammlung für ihr pflichtwidriges Stimmverhalten persönlich haften. Das setzt nach dem im Zivilrecht üblichen Anspruchsaufbau voraus, dass ein etwaiger Anspruch entstanden (a)), nicht untergegangen und zudem durchsetzbar ist (b)).

a) Anspruch entstanden

aa) Die mühsame Suche nach der richtigen Anspruchsgrundlage und die Interpretation der §§ 20, 21 WEG als Leistungspflicht

Fraglich ist, welche Anspruchsgrundlage im Verhältnis des geschädigten Organwalters zu denjenigen Organwaltern, denen er ein pflichtwidriges Stimmverhalten vorwirft, in Betracht kommt. Da mit der gewählten Anspruchsgrundlage für den jeweiligen Anspruch auch das Prüfungsprogramm vorgegeben wird, ist die

[95] *Armbrüster/Kräher,* ZWE 2014, 1, 7.

[96] *Jacoby*, ZWE 2017, 149, 155, da dann kein Ersatzanspruch mehr begründet werden kann.

[97] BGH, Urt. v. 13.07.2012 – V ZR 94/11, ZWE 2012, 431, 432.

[98] Zu Recht zweifelnd deshalb *Jacoby,* ZWE 2014, 8 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

richtige Anspruchsgrundlage sorgfältig zu bestimmen. Wie der nachfolgende Befund zeigt, bereitet ihre Bestimmung erhebliche Schwierigkeiten:

Die Durchsicht von Rechtsprechung und Schrifttum offenbart zunächst, dass als Anspruchsgrundlage auf Schadensersatz aufgrund pflichtwidrigen Stimmverhaltens vier Anspruchsgrundlagen vertreten werden. Lässt man die deliktischen Schadensersatzanspruchsgrundlagen zunächst außen vor,[99] die zwar insbesondere dann in Betracht kommen, wenn durch das Stimmverhalten ein absolutes Recht verletzt wurde, ist zuvorderst eine genauere Betrachtung des Anspruchs aus § 21 Abs. 4 WEG lohnenswert.[100] Soweit nämlich Elzer annimmt, dass § 21 Abs. 4 WEG eine selbstständige Anspruchsgrundlage auf Schadensersatz gegen Wohnungseigentümer für ihr Stimmverhalten sei,[101] ist anzumerken, dass § 21 Abs. 4 WEG zwar eine Schlüsselnorm darstellt, mit der begründet werden kann, warum das Abstimmen im Wohnungseigentumsrecht eine Mitwirkungspflicht darstellt, die jeder Organwalter von den übrigen Organwaltern verlangen kann,[102] eine Anspruchsgrundlage auf Schadensersatz ist § 21 Abs. 4 WEG allerdings nicht.[103] Der Wortlaut von § 21 Abs. 4 WEG enthält insoweit keine für einen Schadensersatzanspruch notwendigen Tatbestandsmerkmale und richtet sich bei der Rechtsfolge auch nicht auf Ersatz des eingetretenen Schadens.

Sehr viel naheliegender ist die Prüfung von § 280 Abs. 1 BGB als Anspruchsgrundlage. In Rechtsprechung und Schrifttum wurde noch vor Erlass der ersten Entscheidung des BGH, mit der höchstrichterlich die persönliche Haftung für das Stimmverhalten anerkannt wurde, rege vertreten, dass § 280 Abs. 1 BGB die richtige Anspruchsgrundlage auf Schadensersatz für das Stimmverhalten von Wohnungseigentümern sei.[104] So naheliegend diese Anspruchsgrundlage auch ist, so wenig überzeugt sie in der vorliegenden Konstellation, da sie nicht an die richtige Pflichtverletzung anknüpft. § 280 Abs. 1 BGB kann isoliert einschlägige Anspruchsgrundlage auf Schadensersatz sein, wenn entweder eine schlichte Neben-

[99] *Abramenko,* in: FS Merle*,* 2010, S. 1, 3 hält § 823 Abs. 1 BGB für anwendbar.

[100] Die Regelung soll nach dem WEMoG § 18 Abs. 2 Nr. 1 WEG-E entsprechen (RegE vom 23.03.2020). Der Anspruch soll sich allerdings nicht mehr gegen die übrigen Wohnungseigentümer, sondern gegen den Verband richten.

[101] *Elzer,* in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 21 Rn. 146: „Anspruch auf Schadensersatz aus § 21 Abs. 4". Im gleichen Absatz spricht er auch von einem Schadensersatzanspruch „ggf. aus Vertrag, in jedem Falle aber nach dem die Wohnungseigentümer verbindenden Gemeinschaftsverhältnis iVm § 21 Abs. 4 sowie §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB".

[102] Nach dem WEMoG (RegE, S. 68) wäre die „Pflicht […] zur Mitwirkung an einer Beschlussfassung […] gegenüber der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer" zu erfüllen, da dieser die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums obliegt, §§ 18 Abs. 1, 19 Abs. 1 WEG-E.

[103] Zutreffend *Heinemann,* in: Jennißen WEG, 5. Aufl. 2017, § 21 Rn. 43.

[104] LG Hamburg, Urt. v. 31.08.2011 – 318 S 258/10, ZWE 2012, 26; *Becker,* ZWE 2000, 56 ff. (noch vor der Schuldrechtsmodernisierung). Auch nach der Entscheidung des BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2015, 53 weiter für § 280 Abs. 1 BGB *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 25 WEG Rn. 206.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

pflicht,[105] oder eine Nebenleistungspflicht[106] verletzt wurde. Betrachtet man die typischen Fallgruppen einer schlichten Nebenpflicht, wird schnell deutlich, dass die Organwalter beim Abstimmen in der Wohnungseigentümerversammlung keiner Anzeige- oder Beratungspflicht unterliegen, es vorliegend nicht um Verschwiegenheits- oder Unterlassungspflichten geht, hingegen weit mehr als eine allgemeine Schutz-, Fürsorge- oder Obhutspflicht in Rede steht.

Auch für eine Nebenleistungspflicht ist hier nichts ersichtlich. Das wäre etwa der Fall, wenn die Wohnungseigentümer neben typischen Hauptleistungspflichten, wie der Leistung des Hausgelds, in einer Vereinbarung das Stimmverhalten in der Wohnungseigentümerversammlung als Nebenleistungspflicht definieren. Dies ist allerdings eher abwegig, sodass das Stimmverhalten keine Nebenleistungspflicht darstellt und ohne Bezugspunkt zu einer Nebenleistungspflicht § 280 Abs. 1 BGB isoliert nicht die richtige Anspruchsgrundlage sein kann.

Die meiste Beachtung muss daher die Frage finden, ob das Stimmverhalten eine nichtleistungsbezogene Pflicht darstellt. Gemeinhin werden nichtleistungsbezogene Pflichten so definiert, dass sie nicht zur Verbesserung der Position des Gläubigers führen – andernfalls würde es sich um leistungsbezogene Pflichten handeln –, es vielmehr um die Verpflichtung des Schuldners geht, die bereits vorhandene Position des Gläubigers nicht zu verschlechtern.[107] Da ein und dieselbe Pflicht nicht gleichzeitig leistungsbezogen und nichtleistungsbezogen sein kann, kommt es nun zum Schwur: Stellt das Abstimmen in der Wohnungseigentümerversammlung für den einzelnen Organwalter eine Leistungspflicht oder eine bloße Nebenpflicht dar?

In der grundlegenden Entscheidung des BGH vom 17.10.2014 zur persönlichen Haftung der Organwalter für ihr Stimmverhalten sah der *V. Senat* das Abstimmen in der Wohnungseigentümerversammlung als eine leistungsbezogene Pflicht an.[108] Mit der vom *V. Senat* zitierten Anspruchsgrundlage gem. §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB legte sich der *Senat* unzweifelhaft fest, das Stimmverhalten als leistungsbezogene Pflicht anzusehen. Das erscheint auch stimmig, da durch das Abstimmen die Position der Miteigentümer verbessert wird, denn gemeinschaftlich können sie nun durch Beschluss ihr gemeinschaftliches Eigentum verwalten. Damit reihte sich der *V. Senat* in eine Reihe von Stellungnahmen aus dem Schrifttum ein.[109]

---

[105] Statt aller *Ernst,* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 280 Rn. 98 ff.

[106] Statt aller *Ernst,* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 280 Rn. 99.

[107] *Medicus/Lorenz,* Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 20. Aufl. 2012, § 29 Rn. 340.

[108] BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2015, 53, Tz. 18 (dort wird der Schuldnerverzug allerdings nicht ausführlich geprüft [„geschlunzt": *Müller*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 14 Rn. 61b]). In der Sache (= Haftung des einzelnen Organwalters für sein Stimmverhalten) bestätigt in BGH, Urt. v. 14.07.2017 – V ZR 290/16, NJW 2018, 552, 555, Tz. 20.

[109] Zunächst *Abramenko,* in: FS Merle, 2010, S. 1, 3; ebenso dann *Heinemann,* in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 21 Rn. 43 und 48; ausführlich *Skauradszun*, NZM 2015, 273, 276; *Skauradszun*, ZWE 2020, 107.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

In der Entscheidung vom 23.02.2018 distanzierte sich der *V. Senat* dann jedoch überraschend von seiner Rechtsprechung und sah das Abstimmen im Kollektivorgan nur noch als schlichte Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB an.[110] Seit dieser Entscheidung erachtet der *V. Senat* als richtige Anspruchsgrundlage auf Ersatz von Schäden durch das Stimmverhalten des einzelnen Organwalters die §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.[111] Jedenfalls knapp nahm der *V. Senat* nur wenige Monate später in der Entscheidung vom 08.06.2018 noch einmal Bezug auf diese Wendung und zitierte allein § 280 Abs. 1 BGB.[112]

Was bewog den *V. Senat* zu solch einem Wechsel seiner Ansicht, dass er ausdrücklich in seiner Entscheidung formulierte:

> „Soweit der Senat als Grundlage der Haftung der übrigen Wohnungseigentümer demgegenüber § 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB angeführt hat (Senat, Urteil vom 17. Oktober 2014 – V ZR 9/14, BGHZ 202, 375 Rn. 24; Urteil vom 13. Juli 2012 – V ZR 94/11, NJW 2012, 2955 Rn. 6), hält er daran nicht fest"?

Es handelte sich hier nicht um die Korrektur eines Zahlendrehers oder Zitatversehens. Das, was der *V. Senat* in seiner Entscheidung vom 17.10.2014 zu Recht erkannte, dass nämlich das Abstimmen eine leistungsbezogene Pflicht ist, war ihm womöglich nicht länger geheuer, denn die Konsequenzen sind enorm, wie die folgende Analyse zeigt:

Oben in § 5 II. wurde herausgearbeitet, dass es Kollektivorgane gibt, in denen das Pendel mehr in Richtung *Möglichkeit* an einer Mitwirkung durch Beschlussfassung ausschlägt, bei anderen Kollektivorganen hingegen mehr in Richtung *Pflicht.* Beim Wohnungseigentumsrecht schlägt das Pendel in Richtung Mitwirkungspflicht.

Die grundlegende Vorschrift über die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums stellt § 20 WEG dar.[113] Nach § 20 Abs. 1 WEG „obliegt den Wohnungseigentümern nach Maßgabe der §§ 21 bis 25 WEG die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums". Der Gesetzgeber stellte diese *Pflicht* also an den Anfang des 3. Abschnitts und hob dadurch den Selbstverwaltungscharakter prominent hervor.[114] Konsequent dazu regelt er nur eine Norm weiter, wie diese Pflicht zu erfüllen

---

[110] BGH, Urt. v. 23.02.2018 – V ZR 101/16, NJW 2018, 2550, Tz. 36. Gegen eine bloße Nebenpflicht *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 25 WEG Rn. 206.

[111] BGH, Urt. v. 23.02.2018 – V ZR 101/16, NJW 2018, 2550, Tz. 36; zuvor so schon *Elzer,* in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 21 Rn. 146. Dagegen *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 25 WEG Rn. 206.

[112] BGH, Urt. v. 08.06.2018 – V ZR 125/17, ZWE 2018, 354, Tz. 9.

[113] Nach dem WEMoG (RegE vom 23.03.2020) soll die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums künftig der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer obliegen. Zu einer ersten Einschätzung hierzu *Skauradszun*, ZRP 2020, 34.

[114] Vgl. BT-Drucks. 01/1802, S. 11 zu § 20 WEG: Der Gesetzestext des § 20 WEG ist seit dem ersten Gesetzesentwurf unverändert. *Bub*, in: Staudinger, BGB, 2005, § 20 WEG Rn. 1 („Abs 1 hat indes nicht nur Hinweisfunktion […], sondern normiert eine Verpflichtung der Vwträger zur Mitwirkung an der Vw des GemE"); *Jacoby*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 20 WEG Rn. 27 („nicht nur Recht zur Verwaltung, sondern auch Pflicht"); *Jacoby,* ZWE

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

ist, und normiert in § 21 Abs. 1 WEG, dass die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums den Wohnungseigentümern gemeinschaftlich zusteht, über die Verwaltung durch Beschluss entschieden wird (Abs. 3, gelingt nicht ausnahmsweise eine Vereinbarung) und jeder von ihnen eine Verwaltung verlangen kann, die den Vereinbarungen und Beschlüssen und, soweit solche nicht bestehen, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entspricht (Abs. 4). Becker, Armbrüster/Kräher und M. Müller beschreiben dieses System daher zutreffend so, dass die Wohnungseigentümer einer *Mitwirkungspflicht* betreffend die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums unterliegen.[115] Abramenko charakterisiert das „korrekte Stimmverhalten"[116] nicht weniger treffend als „Leistung".

Jedenfalls mit Inkrafttreten des WEMoG kann kein Zweifel mehr daran bestehen, dass die Wohnungseigentümer einer Mitwirkungspflicht unterliegen. Denn der Regierungsentwurf spricht bei § 19 WEG-E ausdrücklich von einer Pflicht zur Mitwirkung an der Beschlussfassung.[117]

Wenn nun aber ein Thema der Verwaltung, welches nicht im Wege einer Vereinbarung geklärt wurde, durch Beschluss geregelt wird (§ 21 Abs. 3 WEG), dann ist zu beantworten, wie genau ein Wohnungseigentümer bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums mitwirken muss. Muss der handwerklich geschickte Wohnungseigentümer mit entsprechender Vorbildung bei der Erhaltung des Dachs nun selbst die Säge bedienen und der weniger begabte Eigentümer zumindest die Dachziegeln schleppen?[118] Das ist mitnichten so. Die vornehmste Pflicht eines Wohnungseigentümers bei der Beschlussfassung ist vielmehr die Abgabe seiner Stimme (§ 21 Abs. 3 WEG), was ihm kraft Gesetzes obliegt (§ 20 Abs. 1 WEG),

---

2014, 8, 12; *Wicke*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 20 WEG Rn. 1 („Recht u[nd] Pflicht"); *Armbrüster/Kräher*, ZWE 2014, 1, 3 („Pflicht zur Mitwirkung der Wohnungseigentümer an der Verwaltung"); *Becker,* ZWE 2000, 56, 58 („zur Mitwirkung verpflichtet"); *Abramenko*, in: FS Merle*,* 2010, S. 1, 9 (korrektes Stimmverhalten als Leistung); treffend ferner *Müller,* in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 14 Rn. 61: „Da die Eigentümer eine Pflicht zur positiven Mitwirkung trifft, sind jedenfalls dann schon Nichterscheinen oder Stimmenthaltung schädlich". A. A. *Merle*, in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 20 Rn. 8 (§ 20 Abs. 1 WEG führe nur für den Verwalter und Verwaltungsbeirat zu einer Pflicht, bei den Wohnungseigentümern sei das Wort „obliegt" als Obliegenheit zu verstehen, deren Nichterfüllung Nachteile mitsichbringen könne, die Verwaltung aber nicht verpflichtend sei. Es scheint, als ob der Gesetzgeber diese Aussage ebenfalls kritisch sieht, BT-Drucks. 16/887, S. 12, linke Spalte. In der Tat verwendet der Gesetzgeber den Begriff „Obliegenheit" häufig im Sinne einer „Pflicht", siehe nur § 43 Abs. 2 GmbHG); *Hügel,* in: BeckOK BGB, 51. Ed. 01.08.2019, § 20 Rn. 1 (§ 20 Abs. 1 WEG habe nur den Charakter eines Hinweises); wohl so auch *Schäuble*, in: Soergel, BGB, 2018, § 21 WEG Rn. 4; *Jennißen*, in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 20 Rn. 1 (nur Verweisvorschrift).

[115] *Becker,* ZWE 2000, 56, 58; *Armbrüster/Kräher*, ZWE 2014, 1, 3; *Müller*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 14 Rn. 61 („Da die Eigentümer eine Pflicht zur positiven Mitwirkung trifft […]").

[116] *Abramenko,* in: FS Merle*,* 2010, S. 1, 9.

[117] WEMoG-RegE, S. 68; bekräftigend *Skauradszun/Harnack*, AnwZert MietR 13/2020, 1, 2; *Skauradszun*, in: SEHR, WEG, Kap. Verbandsrecht.

[118] Pointiert so *Skauradszun*, NZM 2015, 273, 276.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

denn mit dieser Stimmabgabe wirkt er an der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums mit, was jeder andere Wohnungseigentümer so auch verlangen kann (§ 21 Abs. 4 WEG).

Diese Leistungspflicht, die der *V. Senat* selbst schon einmal formuliert hatte, hätte er also vielmehr bekräftigen sollen, denn sie entspricht am ehesten der Konzeption der §§ 20, 21 WEG. Den *V. Senat* hatte womöglich der Mut verlassen, denn in der Rechtspraxis sind sich viele Wohnungseigentümer nicht bewusst, dass sie zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums verpflichtet sind und hierzu nicht nur eine Möglichkeit besteht.

Diese Argumentation legt den Blick darauf frei, dass die richtige Anspruchsgrundlage auf Schadensersatz §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1 BGB ist.[119] Bei Wohnungseigentümern steht nicht die Mitwirkungsmöglichkeit, sondern die Mitwirkungspflicht im Vordergrund. Diese Mitwirkungspflicht erfüllen sie durch ihre Stimmabgabe[120] in der Wohnungseigentümerversammlung,[121] denn diese ist das Willensbildungsorgan der Gemeinschaft.[122]

Der Verzögerungsschadensersatz ist die typische Anspruchsgrundlage, wenn es um leistungsbezogene Pflichten geht, deren Erbringung dem Schuldner möglich ist, der zugrunde liegende Anspruch durchsetzbar und der Schaden auf der Verzögerung der Leistungserbringung beruht.[123] Im Falle des Verzögerungsschadens will der Gläubiger vom Schuldner – wie der Wohnungseigentümer von demjenigen, der sich mit der Stimmabgabe im Verzug befindet – nach wie vor die Leistung:[124] die pflichtgemäße Stimmabgabe. Denn selbst ein Schadensersatzanspruch ändert nichts daran, dass zur Umsetzung von Maßnahmen der Verwaltung des gemeinschaftlichen

[119] Als h. M. von *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 25 WEG Rn. 206 bezeichnet. So noch BGH, Urt. v. 13.07.2012 – V ZR 94/11, ZWE 2012, 431, 432 (dort Anspruch lediglich aus anderen Gründen nicht bejaht); LG Saarbrücken, Urt. v. 07.09.2012 – 5 S 23/11, ZWE 2013, 89, 90 (die Kammer zitiert lediglich § 280 Abs. 1 BGB nicht); *Abramenko,* in: FS Merle, 2010, S. 1, 3; *Heinemann,* in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 21 Rn. 43 und 48; *Müller*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 14 Rn. 61; für den Fall der verzögerten Beschlussfassung auch *Drabek,* in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 21 Rn. 38 und 155; zustimmend auch *Jacoby*, ZWE 2017, 149, 155 („Verzögerungsschaden").

[120] Ähnlich OLG Hamm, Urt. v. 11.01.2005 – 15 W 402/04, ZMR 2005, 808, 809: „Die Wohnungseigentümer üben die gemeinschaftliche Verwaltung durch Beschlussfassung in der Eigentümerversammlung aus".

[121] Deshalb vertritt *Abramenko,* in: FS Merle, 2010, S. 1, 9 zu Recht, dass Schadensersatzansprüche gegen die Wohnungseigentümer nicht in Betracht kommen, wenn der Beschlussgegenstand in der Wohnungseigentümerversammlung noch gar nicht behandelt wurde oder behandelt werden konnte, etwa weil der Verwalter die Wohnungseigentümerversammlung noch nicht einberufen hat.

[122] LG Hamburg, Urt. v. 31.08.2011 – 318 S 258/10, ZWE 2012, 26.

[123] *Schulze,* in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 280 Rn. 4. Zur Abgrenzung s. *Medicus/Lorenz,* Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, § 36 Rn. 343; *Jacoby/v. Hinden,* Studienkommentar BGB, 16. Aufl. 2018, § 280 Rn. 11.

[124] So in allgemeiner Form *Medicus/Lorenz,* Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 21. Aufl. 2015, § 27 Rn. 333 und § 36 Rn. 343.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Eigentums zunächst ein konstitutiver Beschluss gefasst werden muss (§ 21 Abs. 3 WEG). Die Wohnungseigentümerversammlung ist und bleibt das Nadelöhr, durch das ein jedes Thema der Verwaltung muss, wenn es nicht durch eine Vereinbarung geregelt wurde.[125] Am Beispiel der zwingend vorzunehmenden, nicht aufschiebbaren Pflicht-Instandsetzung[126] werden mit dieser Anspruchsgrundlage also diejenigen Schadensposten erfasst, die ab Eintritt des Verzugs entstehen, wie etwa die nun noch teurere Instandsetzung durch einen gewachsenen Hausschwamm oder Schimmelbefall.

Nachdem nun die richtige Anspruchsgrundlage erarbeitet wurde, können dem Gesetz die Tatbestandsmerkmale entnommen werden. Danach haftet der jeweilige Wohnungseigentümer für sein Stimmverhalten nur, wenn ein Schuldverhältnis besteht (dazu unter bb)), er einer fälligen Pflicht unterliegt (cc)), die er nicht erbringt (dd)), und dies trotz Mahnung (ee)), wobei er die Pflichtverletzung zu vertreten hat (ff)) und deshalb (gg)) ein Schaden entsteht (hh)). Dieser große Prüfungsumfang macht schon zu Beginn eines deutlich: Ob Organwalter trotz pflichtwidrigen Stimmverhaltens in der Wohnungseigentümerversammlung persönlich haften, hängt von vielen Tatbestandsmerkmalen ab und ist damit keinesfalls apodiktisch zu bejahen.[127] Im Einzelnen:

bb) Schuldverhältnis

Das zwischen den Wohnungseigentümern erforderliche Schuldverhältnis im Sinne von § 241 Abs. 1 BGB entsteht mit Eintritt in die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, der damit freiwillig übernommenen Mitgliedschaft im Verband,[128] ferner mit Abschluss der Gemeinschaftsordnung als vertragliches Schuldverhältnis[129]. Dieses vertragliche Schuldverhältnis ist ausreichender Anknüpfungspunkt für Schadensersatzansprüche.[130]

cc) Fällige Pflicht

Bei jedem vertraglichen Schadensersatzanspruch liegt der Prüfungsschwerpunkt regelmäßig auf der geschuldeten Pflicht und im zweiten Schritt auf der Verletzung

[125] *Skauradszun*, NJW 2016, 1314; *Skauradszun*, ZRP 2020, 34, 35; *Skauradszun*, ZWE 2020, 105.

[126] Näher dazu *Skauradszun*, AnwZert MietR 5/2015, Anm. 1.

[127] Mahnend schon *Abramenko,* in: FS Merle, 2010, S. 1.

[128] Dazu ausführlich oben in § 2 II. beim Begriff „Organwalter".

[129] Vgl. OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.02.1983 – 4 W 97/82, OLGZ 1985, 133, 138; *Abramenko,* in: FS Merle, 2010, S. 1, 3; *Suilmann,* ZWE 2013, 82 ff.; *Suilmann,* in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 10 Rn. 32.

[130] Da ein Gegenstand, nämlich das Grundeigentum, mehreren Inhabern gemeinschaftlich zusteht, besteht bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen zwischen den Inhabern ferner ein gesetzliches Schuldverhältnis, *Jacoby*, Das private Amt, S. 110.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

dieser. Der geschädigte Wohnungseigentümer muss also darlegen und im Bestreitensfalle beweisen können,[131] wie die anderen Wohnungseigentümer in der Wohnungseigentümerversammlung abgestimmt haben und vortragen, dass sie anders hätten abstimmen müssen. Er muss also zunächst einmal in tatsächlicher Hinsicht in der Lage sein, das konkrete Stimmverhalten zu beweisen. Der zweite Aspekt hingegen stellt eine Rechtsfrage dar, ob nämlich eine Mitwirkungspflicht bestand, das Stimmrecht in einer bestimmten Weise auszuüben. Die Prüfung der Mitwirkungspflicht und ihrer Verletzung ist deshalb so bedeutsam, da – wird dieser Prüfungsschritt erfolgreich durchlaufen – das Vertretenmüssen aufgrund der Beweislastumkehr aus § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB vermutet wird.

Die Mitwirkungspflicht wird durch die Stimmabgabe erfüllt und muss dem Interesse der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen entsprechen, § 21 Abs. 3 und 4 WEG. Im Wohnungseigentumsrecht ist deshalb die frühere Annahme überholt, ein jeder Wohnungseigentümer könne in der Versammlung frei entscheiden, wie er seine Stimme abgeben will.[132] Der Gesetzgeber hat sich vielmehr dafür entschieden, dass das gemeinschaftliche Eigentum zwar durch Mehrheitsbeschluss verwaltet werden kann, allerdings die Art und Weise der Mitwirkung dem Interesse der konkreten Gemeinschaft und dort dem billigen Ermessen entsprechen muss.[133] Das den Wohnungseigentümern vom Gesetzgeber eingeräumte Ermessen ist allerdings im Grundsatz weit auszulegen,[134] sodass ein innerhalb dieses Ermessens ausgeübtes Stimmrecht pflichtgemäß ist.[135] Anders gewendet verletzt ein Wohnungseigentümer seine Mitwirkungspflicht erst, wenn er *gegen* einen Beschlussantrag stimmt – etwa eine Instandsetzung –, der eine objektiv zwingende und ohne schuldhaftes Zögern vorzunehmende Maßnahme betrifft. Ausgehend von dem Grundsatz, dass die Mitwirkungspflicht im Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen ausgeübt werden muss, kann sich etwa bei Instandsetzungen in zeitlicher und inhaltlicher Hinsicht das Ermessen teils soweit verengen, dass eine Ermessensreduzierung auf null vorliegt.[136] Die Stimmabgabe, mit der die Mitwirkungspflicht umgesetzt wird, kann danach pflichtgemäß nur noch in einer bestimmten Weise ausgeübt werden: durch Abgabe einer bestimmten Stimme.

Allerdings kann das Ermessen so weit reichen, dass ein jeder Wohnungseigentümer seine Mitwirkungspflicht selbst dann noch ordnungsgemäß ausübt, wenn er

[131] *Müller,* in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 14 Rn. 61. Ausführlicher oben in § 16 II. 2.

[132] So noch KG, Urt. v. 30.11.1990 – 24 W 3939/90, NJW-RR 1991, 402; wie hier *Abramenko,* in: FS Merle, 2010, S. 1, 5.

[133] Deshalb spricht *Abramenko,* in: FS Merle, 2010, S. 1, 9 von einer Leistungspflicht des „korrekte[n] Stimmverhalten[s]".

[134] *Müller,* in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 14 Rn. 61.

[135] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 25 WEG Rn. 207.

[136] *Skauradszun*, NZM 2015, 273, 278; *Heinemann,* in: Jennißen, WEG, 6. Aufl. 2019, § 21 Rn. 43.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

bei einer zwingend vorzunehmenden Instandsetzung dafür stimmt, die Instandsetzung *nicht* vorzunehmen, wenn denn nur *alle anderen* Wohnungseigentümer genauso abstimmen.[137] Dann entspricht diese Stimmabgabe dem billigen Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer, auch wenn sie objektiv schwer nachvollziehbar ist. Die Wohnungseigentümer können also einstimmig das gemeinschaftliche Eigentum verwahrlosen lassen, weil sie beispielsweise in die Anlage nicht mehr investieren wollen.[138] Dies ist ohne Weiteres von § 903 BGB gedeckt.

Die Mitwirkungspflicht muss im Zeitpunkt der Wohnungseigentümerversammlung schließlich fällig sein,[139] denn ohne einen möglichen und durchsetzbaren Anspruch auf Mitwirkung aus § 21 Abs. 4 WEG kommt der Verzögerungsschadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht in Betracht.[140] Vermögen die Wohnungseigentümer mangels ausreichender Sachverhaltsgrundlage noch nicht zu entscheiden, ist das Abstimmen noch nicht geschuldet, die Mitwirkungspflicht also noch nicht fällig. Dies ist in der Praxis regelmäßig der Fall, wenn beispielsweise vor einer Instandsetzung noch nicht geklärt ist, was Ursache des Schadens ist. Häufig lässt sich das ohne sachverständige Hilfe nicht klären, sodass die Mitwirkungspflicht noch nicht durchsetzbar ist. Anders gewendet wird die Mitwirkungspflicht fällig, wenn eine Schadensursache durch Sachverständigengutachten[141] geklärt wurde und die Wohnungseigentümer nun entscheiden können.[142]

dd) Pflichtverletzung

Wer der Argumentation bis hierhin folgt und anerkennt, dass den Wohnungseigentümern die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums obliegt, die Mitwirkungspflicht durch die Abgabe der Stimme erfüllt wird und nun eine entscheidungsreife Angelegenheit der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums zu-

---

[137] Diesbezüglich zutreffend BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2015, 53, Tz. 24, nicht aber die Aussage zuvor, die Wohnungseigentümer seien grundsätzlich nicht zur Teilnahme an der Eigentümerversammlung und zur Mitwirkung an der Willensbildung verpflichtet. So aber wieder der BGH im Urt. v. 23.02.2018 – V ZR 101/16, NJW 2018, 2550 und in der Instanzenrechtsprechung etwa LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 05.07.2016 – 14 S 6933/15, ZMR 2017, 95, 96 (in beiden Entscheidungen ohne Begründung).

[138] *Skauradszun*, NZM 2015, 273, 277.

[139] Die Fälligkeit knüpft auch *Abramenko,* in: FS Merle, 2010, S. 1, 10 an den Zeitpunkt der Eigentümerversammlung, thematisiert aber den erforderlichen Kenntnisstand der Wohnungseigentümer nicht.

[140] Vgl. in allgemeiner Form *Brox/Walker,* Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 23 Rn. 4 f.

[141] BGH, Urt. v. 13.07.2012 – V ZR 94/11, ZWE 2012, 431, 432; *Elzer,* NZM 2012, 718, 721.

[142] Im Ergebnis ebenso, aber als fehlendes Verschulden behandelt *Karkmann*, in: Beck-OGK, Stand 01.05.2019, § 21 WEG Rn. 47. Auch der BGH, Urt. v. 23.02.2018 – V ZR 101/16 Rn. 40 stellt nun auf die „sachverständige Ermittlung der Ursachen" ab.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

grunde legt, wird keine Schwierigkeiten haben, in folgenden Fällen eine Pflichtverletzung anzunehmen:

Ein Organwalter, der trotz fälliger Mitwirkungspflicht nicht einmal zur Wohnungseigentümerversammlung erscheint, verhält sich pflichtwidrig.[143] Ein Organwalter, der trotz der Pflicht, *für* einen Beschlussantrag zu stimmen, *gegen* den Antrag stimmt, verhält sich pflichtwidrig. Ein Organwalter, der sich trotz der Pflicht, *für* einen Beschlussantrag zu stimmen, der Stimme enthält, verhält sich pflichtwidrig. Ein Organwalter, der trotz der Pflicht, *gegen* einen Beschlussantrag zu stimmen, *für* ihn stimmt, verhält sich pflichtwidrig.

So „lax" das Stimmverhalten in der älteren Rechtsprechung auch beurteilt wurde[144] und so ungewohnt die im jüngeren Schrifttum entwickelte Mitwirkungspflicht in manchem Ohr auch klingen mag, stellen die Nichtteilnahme an der Wohnungseigentümerversammlung, die Nichtabgabe der Stimme und die falsche Stimmabgabe Pflichtverletzungen im Sinne von § 280 Abs. 1 BGB dar.[145] Denn die geschuldete Mitwirkungspflicht wird, obwohl sie möglich und der Mitwirkungsanspruch aus § 21 Abs. 4 WEG durchsetzbar ist, nicht erbracht.[146] Dies ist das Wesen eines Verzögerungsschadensersatzanspruchs. Mit einer Treuepflichtverletzung[147] oder einem Rechtsmissbrauch[148] hat dies jedoch nicht zwingend etwas zu tun. Es handelt sich vielmehr um die Verletzung der gesetzlichen Mitwirkungspflicht aus §§ 20, 21 WEG (§ 19 Abs. 1 WEG-E).

Allen voran ist im Schrifttum skeptisch aufgenommen worden, dass schon die Nichtteilnahme an der Wohnungseigentümerversammlung pflichtwidrig ist. Häublein versucht sein Gegenargument über § 25 Abs. 3 und 4 WEG aufzubauen, wonach die Versammlung auch dann beschlussfähig ist, wenn die erschienenen stimmbe-

---

[143] Daran dürfte sich auch durch das WEMoG (RegE vom 23.03.2020) nichts ändern, *Skauradszun*, ZRP 2020, 34, 36. *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 25 WEG Rn. 208 ist (für die geltende Rechtslage) zurückhaltender und verlangt, dass der Wohnungseigentümer erkennt, „dass seine Teilnahme an der Versammlung erforderlich ist".

[144] BGH, Urt. v. 24.04.1958 – VII ZR 194/57, NJW 2001, 3339, 3342 („abzustimmen, wie er es für richtig hält"); KG, Beschl. v. 30.11.1990 – 24 W 3939/90, NJW-RR 1991, 402 („Die Wohnungseigentümer können in der Versammlung frei entscheiden, wie sie ihre Stimme abgeben wollen"); so im Gesellschaftsrecht noch der Duktus in OLG München, Urt. v. 14.08.2014 – 23 U 4744/13, GmbHR 2015, 84 (jeder dürfe das ihm zustehende Stimmrecht nach Belieben ausüben).

[145] Zutreffend *Suilmann,* ZWE 2013, 82 ff.; ähnlich *Müller,* in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 14 Rn. 61; nun auch *Karkmann*, in: BeckOGK, Stand 01.05.2019, § 21 WEG Rn. 46. Beim Beschluss des Aufsichtsrats wird die Stimmenthaltung in bestimmten Fällen als Pflichtverletzung gesehen, *Schütz*, in: Semler/v. Schenck, Der Aufsichtsrat, 2015, § 108 AktG Rn. 136.

[146] *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 146 meint zwar, dass auch die Stimmenthaltung eine Mitwirkung an kollektiver Organaktion sei, sie ist jedenfalls in bestimmten Fällen nicht genügend.

[147] Daran will aber *Jacoby,* ZWE 2014, 8 ff. anknüpfen.

[148] So aber *Elzer,* in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 21 Rn. 148.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rechtigten Wohnungseigentümer mehr als die Hälfte der Miteigentumsanteile vertreten und eine Zweitversammlung, die nach der Beschlussunfähigkeit der Erstversammlung einberufen werden musste, ohne Rücksicht auf die Höhe der vertretenen Anteile beschlussfähig ist.[149] Diese Regelung sei also auf das Fernbleiben Reaktion genug.[150] Häublein argumentiert weiter, dass ein Wohnungseigentümer, der der Versammlung fernbleibt, nicht annehmen brauche, dass die anwesenden Organwalter pflichtwidrig abstimmten.

An diesem Gegenargument behagt vor allem die grundsätzliche Einstellung zu mitwirkungspflichtigen Kollektivorganen nicht, wonach zwar die Rechte eines Organwalters herausgehoben, die Pflichten – und damit schlicht die Kehrseite der Medaille – aber möglichst kurzgehalten werden. Idealerweise sollen diese Verwaltungsaufgaben die übrigen Organwalter erfüllen. Diese doch sehr laxe Haltung deckt sich zwar noch mit der früheren Rechtsprechung, liegt aber nicht mehr auf der Linie des jüngeren Schrifttums.[151] Wer den entscheidenden Schritt mitgeht und den Wortlaut der §§ 20, 21 WEG so wie hier zugrunde legt, muss anerkennen, dass die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums den Wohnungseigentümern obliegt und in der Wohnungseigentümerversammlung deren Mitwirkungsbeitrag in der Stimmabgabe besteht. Daher verdient die Gesetzesbegründung zum WEMoG Zustimmung, die diese Mitwirkungspflicht der Wohnungseigentümer bei der Beschlussfassung betont.[152] Wer schon gar nicht zur Versammlung geht, wirkt an der Verwaltung nicht mit, was gegen die gesetzgeberische Konzeption der §§ 20, 21 WEG (§ 19 Abs. 1 WEG-E) verstößt.

Eine Haftungsverschärfung ist mit dieser Auffassung nicht automatisch verbunden. Wie das oben dargestellte Prüfungsprogramm zeigt, sind noch vier weitere Tatbestandsmerkmale zu prüfen, bevor beurteilt werden kann, ob durch das Stimmverhalten tatsächlich ein Schadensersatzanspruch begründet wird. Deshalb sind diese Pflichtverletzungen (Nichterscheinen, Nichtabgabe der Stimme und pflichtwidrige Gegenstimme) bei der Kausalitätsprüfung noch einmal aufzugreifen. Nicht jede Verletzung der Mitwirkungspflicht führt grundsätzlich zu einem kausalen Schaden.

Nicht zur Mitwirkungspflicht gehört schließlich, dass sich die übrigen Wohnungseigentümer – wird ein erforderlicher Beschluss nicht gefasst – mit einer Gestaltungsklage um die gerichtliche Beschlussersetzung bemühen müssen.[153] Die Mitwirkungspflicht wird durch die Stimmabgabe erfüllt. Erinnert man sich der

[149] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 25 WEG Rn. 208.

[150] Die Regelung soll durch das WEMoG (RegE vom 23.03.2020) aufgehoben werden, dazu *Skauradszun*, ZRP 2020, 34, Fn. 17.

[151] Siehe zu allen Nachweisen unter aa) und cc).

[152] WEMoG-RegE, S. 68 zu § 19 Abs. 1 WEG-E; bekräftigend *Skauradszun/Harnack*, AnwZert MietR 13/2020, 1, 2; *Skauradszun*, in: SEHR, WEG, Kap. Verbandsrecht III. 2. d).

[153] Ebenso *Elzer,* NZM 2012, 718, 719; *Armbrüster/Kräher,* ZWE 2014, 1, 6; *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 25 WEG Rn. 210. A. A. *Abramenko,* in: FS Merle, 2010, S. 1, 4.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Autoren, die sich für eine geheime Stimmabgabe einsetzen, wird deutlich, dass es für eine solche pflichtgemäße Stimmabgabe auch einmal Durchhaltevermögen und Mut bedarf. Eine Pflicht, den erforderlichen Beschluss notfalls auch gerichtlich herbeiführen zu lassen, ergibt sich nicht aus dem Wortlaut der §§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 3 und 4 WEG und erscheint auch im Ergebnis als zu weitgehend.[154]

ee) Mahnung oder deren Entbehrlichkeit

Der Anspruch auf Schadensersatz nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB verlangt nach § 280 Abs. 2 BGB, dass eine zusätzliche Voraussetzung geprüft wird. Diese ergibt sich aus § 286 BGB und besteht in dem Verzug des Schuldners. Soweit im Schrifttum nähere Gedanken über den Schuldnerverzug bei der Beschlussfassung angestellt wurden, wurde das klassische Erfordernis einer Mahnung (§ 286 Abs. 1 BGB) als wenig passend eingeschätzt.[155] Es ist daher bedauerlich, dass der *V. Senat* in der Entscheidung vom 17.10.2014 zwar § 286 BGB zitierte, aber nicht zu erkennen gab, wie er diese zusätzliche Voraussetzung geprüft hatte und warum sie im entschiedenen Fall vorlag.[156]

So fernliegend der Schuldnerverzug bei der Beschlussfassung im ersten Moment auch scheint, so ergiebig ist doch eine genauere Analyse des § 286 BGB. Im Grundsatz ist als zusätzliche Voraussetzung nach § 286 Abs. 1 BGB zu prüfen, ob der Gläubiger den Schuldner nach Eintritt der Fälligkeit gemahnt hat, denn erst durch die Mahnung kommt der Schuldner in Verzug. Dieser Fall mag bei einem gewöhnlichen Leistungsaustausch im Vertragsrecht den Regelfall darstellen. Bei der Beschlussprozedur wirkt er aber etwas gekünstelt, wenngleich er nicht ausgeschlossen werden kann. Eine solche Mahnung wäre etwa denkbar, wenn ein Wohnungseigentümer zur Wohnungseigentümerversammlung nicht erschienen ist und deshalb ein Beschluss nicht gefasst wurde, entweder, weil die Versammlung schon nicht beschlussfähig war oder aber ohne den säumigen Wohnungseigentümer keine Aussprache stattfinden konnte und der Beschlussgegenstand deshalb nicht zur Abstimmung gestellt wurde. Fordert nun ein anderer Wohnungseigentümer den säumigen Wohnungseigentümer auf, zur Folgeversammlung zu erscheinen und mitzuwirken, ist darin eine eindeutige und bestimmte Aufforderung[157] zu sehen. Wirkt dieser Wohnungseigentümer gleichwohl in der Folgeversammlung nicht mit, kommt er durch die Mahnung in Verzug. Dies stellt schlicht den gesetzlichen Regelfall des § 286 Abs. 1 BGB bei der Beschlussfassung dar.

---

[154] *Skauradszun*, NZM 2015, 273, 278.

[155] *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 25 WEG Rn. 206 („erscheinen die Anforderungen des § 286 BGB auf die hier in Rede stehende Problematik nicht abgestimmt").

[156] BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2015, 53, Tz. 24.

[157] So die Merkmale der Mahnung i. S. v. § 286 Abs. 1 BGB, *Schulze,* in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 286 Rn. 8.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Der Schuldnerverzug bei der Beschlussfassung ist ferner aufgrund der Ausnahmen des § 286 Abs. 2 BGB möglich. Im zweiten Absatz hat der Gesetzgeber Fälle geregelt, in denen das Erfordernis einer Mahnung entbehrlich ist.

Nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB bedarf es der Mahnung nicht, wenn für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist. Nun wird man sagen müssen, dass die Versammlung eines Kollektivorgans stets auf einen bestimmten Tag einberufen wird.[158] In denjenigen Kollektivorganen, in denen gesetzlich oder vertraglich eine Mitwirkungspflicht angelegt ist, weiß ein jeder geladene Organwalter, wann er mitzuwirken und damit zu leisten hat. Der Tag mahnt für den Menschen (*dies interpellat pro homine*), sodass man hier sagen könnte, der Tag mahnt für den Organwalter. Bei der Wohnungseigentümerversammlung im Konkreten weiß ein jeder geladene Wohnungseigentümer, auf welchen Zeitpunkt der Verwalter[159] die Versammlung einberufen hat. Der Tag, an dem in der Wohnungseigentümerversammlung das gemeinschaftliche Eigentum durch Beschluss zu verwalten ist, ist nun nach dem Kalender bestimmt.

Der hier entwickelten Sichtweise könnte entgegengehalten werden, dass die „Zeit" für die Leistung i. S. v. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht durch Gesetz bestimmt oder durch Vertrag zwischen allen Organwaltern vereinbart wurde. Gegen einen solchen Einwand wäre jedoch zu erwidern, dass der Gesetzgeber dem Verwalter ausweislich § 24 Abs. 1 und 5 WEG 2007/2020 die Kompetenz eingeräumt hat, das Willensbildungsorgan einzuberufen und die Versammlung sodann zu leiten, mithin im ersten Schritt einen Tag für die Versammlung auszusuchen und festzulegen. Dies auch zu Recht: Diese Kompetenz liegt zu Recht in den Händen des Verwalters in seiner Funktion als Versammlungsleiter. Folgt man der oben begründeten Ansicht, wonach der Versammlungsleiter für das Durchlaufen der Beschlussprozedur zuständig ist,[160] dann beginnt diese denknotwendigerweise mit dem Bestimmen eines Termins für die Versammlung. Wer dieses Verständnis anzweifelt, äußert bei Lichte betrachtet Bedenken an der Funktionsaufteilung im Verbandsrecht. Für das Verbandsrecht ist typisch, dass verschiedenen Organen verschiedene Funktionen zukommen, den einzelnen Organen also Rechte und Pflichten zustehen.[161] Im Woh-

[158] Einen Sonderfall bildet die Spontanversammlung, in der alle Wohnungseigentümer bewusst auf die Form- und Fristerfordernisse verzichten (was nicht zu verwechseln ist mit der Spontanzusammenkunft), *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 11.

[159] Die Bestimmung des Datums kann nicht einseitig von einer Partei vorgenommen werden (*Jacoby/v. Hinden,* Studienkommentar BGB, 16. Aufl. 2018, § 286 Rn. 4). Hier ist aber zu sehen, dass nicht eine der Parteien (= einer der Wohnungseigentümer) das Datum der Eigentümerversammlung festsetzt, sondern der dazu kraft Gesetzes legitimierte Verwalter (§ 24 Abs. 1 WEG), der dazu eine gesetzliche Mindestfrist einzuhalten hat (§ 24 Abs. 4 Satz 2 WEG). Eine Festsetzungskompetenz durch Gesetz oder Rechtsgeschäft (hier etwa durch die Gemeinschaftsordnung) genügt (BT-Drucks. 14/6040, S. 145 f.: „in Betracht kommen […] eine Bestimmung durch Gesetz, […] und vor allem durch Vertrag").

[160] § 4 VII. und insbesondere dort unter 2. b) cc).

[161] *Schürnbrand*, Organschaft im Recht der privaten Verbände, S. 45; *Baltzer*, Der Beschluss als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, S. 29.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

nungseigentumsrecht ist es für den Verwalter als Versammlungsleiter nach § 24 Abs. 1 WEG 2007/2020 Recht und Pflicht zugleich, die Versammlung einzuberufen und damit denknotwendigerweise die Zeit der Leistung i. S. v. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB, also die Zeit der Stimmabgabe, zu bestimmen. Dadurch, dass eine Person in eine Gemeinschaft der Wohnungseigentümer eintritt – etwa durch Erwerb von Wohnungseigentum in einer Wohnanlage – unterwirft sich diese Person der gesetzlichen Kompetenzzuweisung an die dortigen Organe und akzeptiert die Funktionen, die einem Verwalter als Versammlungsleiter zukommen.[162]

Wird mit der Einberufung der Gegenstand des zu fassenden Beschlusses bezeichnet (§ 23 Abs. 2 WEG 2007/2020), die Mindestfrist von zwei bzw. vier Wochen eingehalten (§ 24 Abs. 4 Satz 2 WEG 2007/2020) und ist die Sache entscheidungsreif – etwa weil vorab unklare Ursachen durch sachverständige Personen geklärt wurden –, weiß jeder Wohnungseigentümer, dass nun die ordnungsmäßige Verwaltung durch Stimmenmehrheit beschlossen werden kann (§ 21 Abs. 3 WEG/ § 19 Abs. 1 WEG-E). Genau diese Verwaltung obliegt den Wohnungseigentümern (§ 20 Abs. 1 WEG/§ 19 Abs. 1 WEG-E)[163] und kann von jedem anderen Wohnungseigentümer verlangt werden (§ 21 Abs. 4 WEG/§ 18 Abs. 2 WEG-E). Bleibt nun ein Wohnungseigentümer der Versammlung fern oder enthält er sich der Stimme, befindet er sich kraft Gesetzes im Schuldnerverzug (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Warum sollte das Ergebnis auch ein anderes sein, nur weil hier die Leistungspflicht durch eine Stimmabgabe erfüllt wird? Auch beim Fixgeschäft im Kaufrecht würde man nicht zögern und den Schuldnerverzug bejahen, wenn der Verkäufer am Tag der Lieferung dem Leistungsort fernbleibt oder zwar erscheint, aber die Sache nicht übergibt. Um ein Missverständnis zu vermeiden: Um ein *absolutes Fixgeschäft* handelt es sich hier nicht, sodass kein Fall der Unmöglichkeit[164] vorliegt und damit die §§ 280 Abs. 1 und 3, 283 BGB als Anspruchsgrundlage nicht einschlägig sind. Die Stimmabgabe ist – wird sie in der angesetzten Versammlung nicht abgegeben – verspätet, kann aber noch nachholbar sein. Es handelt sich bei der Mitwirkungspflicht in einem Kollektivorgan um eine Dauerpflicht. War die Versammlung beispielsweise aufgrund des oder der fernbleibenden Wohnungseigentümer beschlussunfähig i. S. v. § 25 Abs. 4 Satz 1 WEG, üben alle Wohnungseigentümer jedoch ihr Stimmrecht in der Wiederholungsversammlung am Folgetag unter Verzicht

[162] Diese Argumentation trägt auch für andere Kollektivorgane. Sie gilt analog etwa für den Vorstandsvorsitzenden oder Aufsichtsratsvorsitzenden, der die Zeit für eine Vorstands- oder Aufsichtsratssitzung festsetzt und damit die Zeit der Leistung i. S. v. § 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB bestimmt. Auch in diesen Fällen bestimmt er die Zeit der Leistung kraft seiner Funktion als Versammlungsleiter.

[163] Ausdrücklich von einer Pflicht zur Mitwirkung an der Beschlussfassung spricht nun der WEMoG-RegE, S. 68 zu § 19 WEG-E.

[164] Bei absoluten Fixgeschäften wird angenommen, dass eine Leistung unmöglich wird und nicht zur Erfüllung führt, wird die Leistungszeit nicht eingehalten, etwa *Krüger*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 271 Rn. 14; *Ernst*, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 286 Rn. 42.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

auf Form- und Fristvorschriften aus,[165] erfüllen sie nun (verspätet) ihre Mitwirkungspflicht, zeigen aber eindeutig, dass die Erfüllung der Mitwirkungspflicht – die Stimmabgabe – noch möglich war. Auch in dem Fall, in dem in der Versammlung zunächst ein Negativbeschluss gefasst wurde, da ein oder mehrere Wohnungseigentümer ihr Stimmrecht nicht oder nicht pflichtgemäß ausgeübt haben, ist die Mitwirkungspflicht nicht grundsätzlich unmöglich geworden. Denn die Organwalter können ohne jeden Zweifel einen Zweitbeschluss fassen, mit dem sie den – nun als rechtswidrig erkannten – Erstbeschluss aufheben, und nun erneut in der Sache beschließen.[166] Wird das Stimmrecht nun pflichtgemäß ausgeübt, wird die Mitwirkungspflicht (verspätet) erfüllt, erreicht aber immer noch ihr Ziel. Ob zwischenzeitlich schon Verzögerungsschäden eingetreten sind, ist eine andere Frage – genau hierfür erweisen sich die §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB als die einschlägige Anspruchsgrundlage.

Ist nun deutlich geworden, dass das Recht des Schuldnerverzugs auch auf die Beschlussfassung passt, bereiten weitere Ausnahmefälle des § 286 Abs. 2 BGB keine größere Mühe mehr und reihen sich in diese Argumentation nahtlos ein. Nach § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB kommt ein Wohnungseigentümer ebenfalls ohne Mahnung in Verzug, wenn er die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert. Ein Wohnungseigentümer, der vor der Wohnungseigentümerversammlung mitteilt, an der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums keinesfalls mitwirken zu wollen, verweigert seine Mitwirkungspflicht ernsthaft und endgültig und begibt sich damit selbst in den Schuldnerverzug.[167] Im Falle der ernsthaften und endgültigen Leistungsverweigerung wäre eine Mahnung offensichtlich zwecklos und daher nicht erforderlich.[168]

Nach § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB kommt ein Wohnungseigentümer schließlich ohne Mahnung in Verzug, wenn aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Eintritt des Verzugs gerechtfertigt ist. Diese Fallgruppe ist von besonderer Bedeutung, da sie vom BGH für die verzögerte Beschlussfassung schon ausdrücklich anerkannt wurde und damit in zweierlei Hinsicht Rückendeckung für die hier vorgestellte Argumentation gibt: Zum einen leitete der *V. Senat* schon in seiner Entscheidung vom 13.07.2012 bei der Haftung für die

[165] Näher zur Wiederholungsversammlung, insbesondere in der Fallgruppe der vereinbarten Eventualeinberufung, *Hermann*, in: BeckOGK, Stand 01.03.2020, § 25 WEG Rn. 165; *Weber*, in: Soergel, BGB, 2018, § 25 WEG Rn. 85 ff. Zur Möglichkeit, in einer Vollversammlung auf Form- und Fristvorschriften zu verzichten, *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 11; *Drabek*, in: Riecke/Schmid WEG, 5. Aufl. 2019, § 23 Rn. 40.

[166] *Schultzky*, in: Jennißen, WEG, 5. Aufl. 2017, § 23 Rn. 145; *Skauradszun*, in: Soergel, BGB, 2018, § 23 WEG Rn. 75.

[167] Hier nun wieder übereinstimmend mit *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 25 WEG Rn. 208 („Ungeachtet dessen verletzt bereits im Vorfeld der Versammlung derjenige seine Eigentümerpflichten, der eine Mitwirkung an der ordnungsmäßigen Verwaltung ernsthaft und endgültig verweigert"). Allerdings prüft *Häublein* die Wertung des § 286 Abs. 2 Nr. 3 BGB allein im Rahmen des § 280 Abs. 1 BGB.

[168] Allgemein dazu *Schulze,* in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 286 Rn. 16.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

verzögerte Beschlussfassung den Schadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB her (und damit, wie in der Entscheidung vom 17.10.2014, auf einen Verzögerungsschadensersatzanspruch), zum anderen erkannte der *V. Senat* an, dass zusätzlich (vgl. § 280 Abs. 2 BGB) der Eintritt des Verzugs zu prüfen ist und bei einer Beschlussfassung die sonst übliche Mahnung entbehrlich sein kann (§ 286 Abs. 2 BGB).[169] Bei zwingend vorzunehmenden und nicht aufschiebbaren Instandsetzungen werde die Mitwirkungspflicht in Form der Stimmabgabe spätestens mit Zugang der Information – etwa dem Zugang eines Sachverständigengutachtens – fällig.[170] Kann die Erhaltung nicht länger aufgeschoben werden und wirken Wohnungseigentümer an der Beschlussfassung dennoch nicht mit, kommen sie auch ohne weitere Mahnung in Verzug (§ 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB). Der Ansicht des *V. Senats* ist beizupflichten[171], was einmal mehr zeigt, dass die in §§ 20, 21 WEG/§ 19 Abs. 1 WEG-E angelegte Mitwirkungspflicht *just in time* im Kollektivorgan der Wohnungseigentümerversammlung zu erfüllen ist.

ff) Vertretenmüssen

Der in Anspruch genommene Wohnungseigentümer muss die verletzte Mitwirkungspflicht zu vertreten haben. Das Vertretenmüssen richtet sich beim Verzögerungsschadensersatzanspruch im Ausgangspunkt nach § 286 Abs. 4 BGB. Wie bei § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB wird das Vertretenmüssen folglich zunächst vermutet,[172] wobei der Schuldner die gesetzliche Vermutung nach § 292 ZPO aber widerlegen darf. Dies ist auch im Wohnungseigentumsrecht nicht anders.[173] Der Schuldner muss dazu allerdings die Vermutung nicht nur erschüttern, sondern den vollen Gegenbeweis erbringen,[174] dass er die Verletzung der Mitwirkungspflicht im Zeitpunkt des Verzugs[175] nicht zu vertreten hatte. Nach den allgemeinen Grundsätzen des § 276 Abs. 1 und 2 BGB hat ein Schuldner Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wobei er fahrlässig handelt, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.[176]

Konkret auf das Stimmverhalten in der Wohnungseigentümerversammlung bezogen, ist nun fraglich, in welcher Fallkonstellation dem Wohnungseigentümer eine vorsätzliche Verletzung seiner Mitwirkungspflicht vorgeworfen werden kann, des-

[169] BGH, Urt. v. 13.07.2012 – V ZR 94/11, ZWE 2012, 431, 432, Tz. 22.

[170] Vgl. BGH, Urt. v. 13.07.2012 – V ZR 94/11, ZWE 2012, 431, 432, Tz. 22.

[171] In dieser Entscheidung vom 13.07.2012 war lediglich noch angenommen worden, dass Anspruchsgegner der Verband ist. Ab der Entscheidung vom 17.10.2014 wurde dann aber zu Recht angenommen, dass sich der Anspruch gegen die einzelnen Wohnungseigentümer richtet (dazu noch in § 16 III. 2. c)).

[172] *Brox/Walker,* Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 23 Rn. 29.

[173] *Hügel/Elzer,* WEG, 2. Aufl. 2018, § 21 Rn. 40.

[174] *Prütting*, in: MüKoZPO, 5. Aufl. 2016, § 292 Rn. 5; *Huber*, in: Musielak/Voit, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 292 Rn. 5.

[175] *Brox/Walker,* Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 23 Rn. 29.

[176] *Suilmann,* ZWE 2013, 82 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sen Vertretenmüssen er nicht widerlegen kann. Keine Bedenken bestehen zunächst bei dem oben genannten Wohnungseigentümer, der seine Mitwirkung im Sinne von § 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB ernsthaft und endgültig verweigert. Er will nicht mitwirken und handelt daher vorsätzlich (*dolus directus* 1. Grades). Auch keine Bedenken bestehen bei einem Wohnungseigentümer, der einer anderen Beschäftigung den Vorzug vor der Wohnungseigentümerversammlung gibt – ganz praktisch gesprochen –, am Dienstag- bzw. Mittwochabend anstatt zur jährlichen Wohnungseigentümerversammlung die Champions League-Übertragung ansehen will. Auch hier wird die Mitwirkungspflicht vorsätzlich verletzt. Tritt nun ein kausaler Schaden ein, haftet er für diesen.

Mehr Raum für Diskussionen bietet der Fall, dass ein Wohnungseigentümer erkrankt oder gebrechlich geworden und durch diesen Zustand nicht reise- und teilnahmefähig ist. Zwar besteht auch hier eine Mitwirkungspflicht, die durch die Nichtteilnahme an der Versammlung verletzt wird, diese Pflichtverletzung ist aber ggf. nicht zu vertreten. An dieser Stelle können die Erkenntnisse aus dem Kapitel über die Stellvertretung und Botenschaft bei der Beschlussprozedur genutzt werden (§ 11). Kann ein Wohnungseigentümer eine Person als Stellvertreter bevollmächtigen oder seine Stimme durch einen Boten überbringen lassen, nutzt er diese Möglichkeit jedoch nicht, wirkt er zumindest fahrlässig nicht an der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums mit. Denn dann wird man sagen müssen, dass dieser Wohnungseigentümer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt nicht beachtet hat (§ 276 Abs. 2 BGB).

Bei der Fahrlässigkeit angekommen, drängt sich noch eine weitere für die Praxis wichtige Fallgruppe auf. Wie sollen Fälle beurteilt werden, in denen Wohnungseigentümer ihr Stimmverhalten nur deshalb fahrlässig falsch ausüben, weil sie sich auf die Einschätzung von Hilfspersonen verlassen haben. Im allgemeinen Schadensersatzrecht hat der Schuldner nicht nur eigenes Verschulden zu vertreten, sondern auch das der Personen, derer er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten bedient (§ 278 Satz 1 BGB). Erfüllungsgehilfe ist, wer nach den tatsächlichen Gegebenheiten bei der Erfüllung einer Verbindlichkeit des Schuldners mit dessen Willen als dessen Hilfsperson tätig wird.[177] Erfüllungsgehilfen sind danach insbesondere Gutachter, die der Organwalter selbst eingesetzt hat.[178] Setzen mehrere Organwalter einen privaten Gutachter ein, wird der Gutachtenauftrag aber gegenüber dem Verband abgerechnet, ändert dies nichts daran, dass den Organwaltern die Verwaltung obliegt (§ 20 Abs. 1 WEG) und nicht dem Verband.[179] Der Gutachter ist daher Erfüllungs-

[177] *Jacoby/Hinden,* BGB, 16. Aufl. 2018, § 278 Rn. 6; *Schulze,* in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 278 Rn. 5.

[178] OLG Karlsruhe, Urt. v. 22.09.2004 – 14 U 173/03, NJW 2005, 515; *Schulze,* in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 278 Rn. 6.

[179] BGH, Urt. v. 08.06.2018 – V ZR 125/17, NZM 2018, 719, Rn. 16; *Jacoby*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 20 WEG Rn. 32. Nach dem WEMoG-RegE soll die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums künftig der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer obliegen (§ 18 Abs. 1 WEG-E). Setzt ein Wohnungseigentümer einen Gutachter ein, um seine Mitwir-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gehilfe der beauftragenden Organwalter und nicht des Verbands. § 278 BGB findet damit auch auf Schadensersatzansprüche wegen pflichtwidrigen Stimmverhaltens Anwendung.[180] Verletzt also der Wohnungseigentümer seine persönliche Mitwirkungspflicht durch pflichtwidriges Stimmverhalten deshalb, weil er auf die Richtigkeit eines selbst eingeholten, aber objektiv fehlerhaften Gutachtens vertraut, und entsteht einem anderen Organwalter dadurch ein Schaden, haftet er für das Verschulden seines Erfüllungsgehilfen.[181] Besteht das Schuldverhältnis zwischen dem Wohnungseigentümer und dem Gutachter, wird ersterer den Gutachter in Regress nehmen können, also ebenfalls einen Schadensersatzanspruch geltend machen. Es besteht damit methodisch kein Bedürfnis, eine gesetzlich anwendbare Vorschrift wie § 278 BGB bei der Haftung für pflichtwidriges Stimmverhalten teleologisch zu reduzieren.

gg) Haftungsausfüllende Kausalität

Vorletzter Prüfungsschritt ist die haftungsausfüllende Kausalität. Da sich eine Wohnungseigentumsanlage oft aus etlichen Wohnungseigentümern zusammensetzt, macht es Sinn, zwischen den Fällen zu unterscheiden, in denen eine einzige Stimme für einen bestimmten Beschluss kausal ist (Monokausalität) und jenen, in denen mehrere Wohnungseigentümer pflichtwidrig abstimmen.

In der ersten Fallgruppe ist sodann zu unterscheiden, ob der Wohnungseigentümer seine Mitwirkungspflicht unterlassen oder aktiv gegen den erforderlichen Beschluss gestimmt hat. Für die Kausalitätsprüfung ist zu fragen, ob die unterlassene Mitwirkung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfiele.[182] Das schuldhafte Nichterscheinen zur Wohnungseigentümerversammlung führt also dann nicht zu einem kausalen Schaden, wenn die Wohnungseigentümerversammlung immer noch nach § 25 Abs. 3 WEG beschlussfähig war und der entsprechende Beschluss mit der Mehrheit der

---

kungspflicht aus § 19 Abs. 1 WEG-E erfüllen zu können, hat der Wohnungseigentümer ein Verschulden des Gutachters in gleichem Umfang zu vertreten wie eigenes Verschulden (§ 278 Satz 1 BGB). Anders könnten die Fälle zu entscheiden sein, in denen die Gemeinschaft der Eigentümer aufgrund ihres Verwaltungsmonopols einen Gutachter beauftragt, dieser schuldhaft pflichtwidrig begutachtet und ein Wohnungseigentümer deshalb seine Mitwirkungspflicht nach § 19 Abs. 1 WEG-E fehlerhaft ausübt. Dann ist der Gutachter des Verbands nicht Erfüllungsgehilfe des Wohnungseigentümers.

[180] *Skauradszun*, NZM 2015, 273, 279. Im Ergebnis ebenso, wenn auch ohne Prüfung der Tatbestandsmerkmale und ohne nähere Begründung, etwa *Abramenko,* in: FS Merle, 2010, S. 1, 9; wohl auch *Häublein*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 25 WEG Rn. 211, der im Anschluss an die Haftung für das persönliche Stimmverhalten auch § 278 BGB prüft (wenngleich der Erfüllungsgehilfe in seinem Beispiel ein Stellvertreter des Wohnungseigentümers ist) und die Anwendbarkeit bejaht. A. A. *Suilmann,* ZWE 2013, 82 ff.; *Heinemann,* in: Jennißen, WEG, 5. Aufl. 2017, § 21 Rn. 48b; *Müller*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 14 Rn. 58a.4.

[181] *Skauradszun*, NZM 2015, 273, 279. A. A. *Suilmann,* ZWE 2013, 82 ff.

[182] *Brox/Walker,* Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 30 Rn. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Stimmen gefasst werden konnte.[183] Ähnlich verhält es sich deshalb auch mit der Stimmenthaltung. Diese ist nach den oben getroffenen Feststellungen nicht als Gegenstimme zu zählen, sondern zählt überhaupt nicht.[184] Sie stellt gleichwohl im Regelfall eine schuldhafte Verletzung der Mitwirkungspflicht dar.[185] Die Stimmenthaltung führt nur dann nicht zu einem kausalen Schaden, wenn der notwendige Beschluss gleichwohl mit der Mehrheit der abgegebenen JA-Stimmen gefasst wurde.[186]

Stimmt der Wohnungseigentümer pflichtwidrig gegen einen erforderlichen Beschluss, liegt ein kausaler Schaden vor, wenn seine Gegenstimme nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfiele. Anders gewendet führt die pflichtwidrige Gegenstimme nicht zu einem kausalen Schaden, wenn der positive Beschluss gleichwohl zustande kam.[187] Für die Kausalität nicht entscheidend ist, wenn der Wohnungseigentümer, der gegen den Beschluss gestimmt hat, den Beschluss in der Folge noch mit der Anfechtungsklage angreift. Der Beschluss ist gegenwärtig gültig (§ 23 Abs. 4 Satz 2 WEG) und damit vom Verwalter zu beachten.[188]

Zur zweiten Fallgruppe gehören Fälle, in denen mehrere Wohnungseigentümer ihre Mitwirkungspflicht verletzen. Hier stellt sich die Frage, ob es an der haftungsausfüllenden Kausalität fehlt, wenn der erforderliche Positivbeschluss nur deshalb keine Mehrheit gefunden hat, weil zwei Wohnungseigentümer gleichzeitig pflichtwidrig gegen eine notwendige Maßnahme gestimmt haben. Nun geht es erstmals nicht mehr nur um eine Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinne, sondern um die Frage, mit welchen Wertungen welches Verhalten wem zugerechnet werden kann.[189] Erneut lassen sich zwei Fallgruppen unterscheiden, die der kumulativen und die der alternativen Kausalität.

Typisch für eine kumulative Kausalität ist, dass mindestens zwei Gegenstimmen zusammen den notwendigen Positivbeschluss verhindern. Denjenigen Wohnungseigentümern, die beispielsweise bei einem Beschlussantrag über eine zwingende Instandsetzung pflichtwidrig mit NEIN abgestimmt haben, ist der eingetretene Schaden zuzurechnen. Andernfalls würde sich jeder Wohnungseigentümer darauf

[183] Im Ergebnis übereinstimmend mit *Jacoby,* ZWE 2014, 8, 11.

[184] Ausdrücklich für die Wohnungseigentümerversammlung *Riecke*, in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 25 Rn. 60 und ausführlich oben in § 3 II.

[185] Eindeutig anerkannt in BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2015, 53 (2. Leitsatz und Tz. 24); *Skauradszun*, NZM 2015, 280, 283; dem folgend *Müller*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 14 Rn. 58a.2; *Skauradszun*, ZWE 2020, 105, 107.

[186] *Skauradszun*, NZM 2015, 273, 280.

[187] Im Ergebnis übereinstimmend mit *Jacoby,* ZWE 2014, 8, 11.

[188] *Merle,* in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 23 Rn. 124.

[189] Einen Überblick bieten *Brox/Walker,* Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 30 Rn. 7.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

berufen können, dass der Positivbeschluss schon mit einer weiteren NEIN-Stimme verhindert wurde.[190]

Typisch für die Fälle der alternativen Kausalität ist, dass schon eine Gegenstimme die notwendige Mehrheit für den notwendigen Positivbeschluss verhindert. Auch hier kann sich keiner der Wohnungseigentümer, der mit NEIN gestimmt hat, darauf berufen, dass schon die NEIN-Stimme des anderen für den Schaden kausal war und er selbst nicht hafte. Die andere Gegenstimme ist vielmehr eine unbeachtliche Reserveursache[191].

Eine letzte Fallgruppe bedarf näherer Untersuchung. Wohnungseigentümer können bei einem Beschlussgegenstand einem Stimmverbot nach § 25 Abs. 5 WEG unterliegen und sind dann nicht berechtigt, eine gültige Stimme abzugeben. Ist die haftungsausfüllende Kausalität zu bejahen, wenn der betroffene Wohnungseigentümer der Wohnungseigentümerversammlung fernbleibt und damit auch nicht an der Aussprache und Diskussion mitwirkt? Das Stimmverbot lässt schließlich das Teilnahmerecht an der Versammlung und die Möglichkeit, sich in der Aussprache einzubringen, unberührt.[192] Ganz ausgeschlossen scheint es nicht, hier die haftungsausfüllende Kausalität zu bejahen. Es dürfte sich aber um Extremfälle handeln. Die Aussprache – obwohl nicht zwingender Teil der Beschlussprozedur[193] – müsste zumindest im Einzelfall als zur Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gehörend angesehen werden. Zudem müsste der dann anschließend ergehende Beschluss nur deshalb so gefasst worden sein, weil der vom Stimmverbot betroffene Wohnungseigentümer der Aussprache ferngeblieben ist. Diese Konstellation dürfte in der Praxis auch aus anderen Gründen nicht häufig zum Streit führen. Zum einen besteht das Stimmverbot meist nur für einen konkreten Beschlussgegenstand. In der Wohnungseigentümerversammlung werden aber oft einige weitere Beschlussgegenstände behandelt, bei denen das Stimmverbot nicht besteht und der betroffene

[190] *Skauradszun*, NZM 2015, 273, 279; dem folgend *Müller*, in: BeckOK WEG, 40. Ed. 01.02.2020, § 14 Rn. 58a.2. Beispiel ist eine Gemeinschaft der Wohnungseigentümer mit drei Eigentümern. Es gilt das Kopfprinzip. A stimmt für die zwingende Instandsetzung, B und C dagegen. Ginge es nur um eine Kausalität im naturwissenschaftlichen Sinne, könnte B argumentieren, dass – auch nach Wegdenken seiner pflichtwidrigen NEIN-Stimme – immer noch kein Positivbeschluss zustande gekommen wäre (es verbliebe eine JA- und eine NEIN-Stimme; der Verwalter hätte einen Negativbeschluss verkünden müssen). C würde entsprechend argumentieren. Nach einer wertenden Betrachtung hingegen sind die NEIN-Stimmen von B und C beide kausal für den fehlerhaften Negativbeschluss. B und C müssen sich ihr pflichtwidriges Stimmverhalten wechselseitig zurechnen lassen.

[191] Zu dieser Fallgruppe allgemein *Brox/Walker,* Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl. 2019, § 30 Rn. 21. Zumindest von der Wertung ebenso *Vieweg,* in: Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl. 2018, J Rn. 116; *Medicus/Lorenz,* Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 20. Aufl. 2012, § 55 Rn. 643.

[192] *Riecke*, in: Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl. 2019, § 24 Rn. 39; *Merle,* in: Bärmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 24 Rn. 65. Hierbei handelt es sich um eine Ansicht, die auch im Gesellschaftsrecht herrschend ist, vgl. exemplarisch *Psaoudakis*, in: Heidel/Schall, HGB, 3. Aufl. 2019, § 119 Rn. 4.

[193] Dazu oben in § 8.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Wohnungseigentümer deshalb während der ganzen Dauer der Versammlung zugegen ist. Zum anderen sind dem betroffenen Wohnungseigentümer diejenigen Beschlussgegenstände, bei denen er nicht mitstimmen darf, häufig besonders wichtig, sodass er sich die Aussprache und Diskussion nicht entgehen lässt.

Abschließend bleibt anzumerken, dass das Vorliegen der haftungsausfüllenden Kausalität vom geschädigten Wohnungseigentümer darzulegen und im Bestreitensfalle zu beweisen ist.[194] Einige der genannten Fallgruppen sind schwer zu beweisen und setzen voraus, dass der geschädigte Wohnungseigentümer das Stimmverhalten von jedem anderen Wohnungseigentümer darlegen und ggf. beweisen kann. Das zeigt einmal mehr, welchen Vorteil die zur Problematik der geheimen Stimmabgabe unterbreitete Lösung hat: Eine verdeckte Stimmabgabe würde später die Rekonstruktion des Stimmverhaltens ermöglichen und würde es dem geschädigten Wohnungseigentümer erlauben, auch das Stimmverhalten von mehreren Dutzend oder gar Hundert Wohnungseigentümern darzulegen und ggf. zu beweisen.[195]

hh) Schaden

Schließlich ist der Schaden näher zu betrachten, der einem Wohnungseigentümer aufgrund des pflichtwidrigen Stimmverhaltens anderer Wohnungseigentümer entstanden ist. Allgemeine Rechtsfolgennorm des Schadensrechts ist § 249 Abs. 1 BGB mit dem Grundsatz der Naturalrestitution. Der geschädigte Wohnungseigentümer kann also verlangen, dass der Zustand wiederhergestellt wird, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Wie üblich, umfasst dieser Grundsatz auch Folgeschäden,[196] soweit sich diese nicht dem Schutzzweck der verletzten Mitwirkungspflicht entziehen. Da meist das Eigentum des Wohnungseigentümers beschädigt wurde, kann er statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen (§ 249 Abs. 2 Satz 1 BGB). Ist die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung nicht genügend, haben die sich pflichtwidrig verhaltenden Wohnungseigentümer den geschädigten Wohnungseigentümer in Geld zu entschädigen (§ 251 BGB). Schließlich kann die besondere Fallgruppe des Mitverschuldens nach § 254 Abs. 2 Satz 1 BGB relevant werden, wenn es der geschädigte Wohnungseigentümer unterlassen hat, die anderen Wohnungseigentümer auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste. Anschaulich wird dies etwa bei einem undichten Dach, welches zu Tropfschäden beim Sondereigentümer der Dachgeschosswohnung führt, und dieser zwar auf die Instandsetzung drängt, aber nicht darauf aufmerksam macht, dass das Wasser auf ein noch unversiegeltes Parkett tropft.

---

[194] Im Allgemeinen *Ernst,* in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, § 280 Rn. 33.

[195] Dazu oben in § 15 III.

[196] Vgl. *Schulze,* in: HK-BGB, 10. Aufl. 2019, § 280 Rn. 16.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

b) Anspruch nicht untergegangen und durchsetzbar

Ist der Anspruch auf den Verzögerungsschaden nach alldem entstanden, kann er untergehen oder Probleme bei der Durchsetzbarkeit aufwerfen. Wie oben gezeigt, ist hier insbesondere das Zusammenspiel der prozessualen Rechtsschutzmöglichkeiten mit dem materiell-rechtlichen Schadensersatzrecht zu bedenken. Der Anspruch auf Schadensersatz für das pflichtwidrige Stimmverhalten kann also insbesondere dann untergehen, wenn der noch vor Ablauf der Anfechtungsfrist geschädigte Wohnungseigentümer keine Anfechtungsklage erhebt und der Beschluss damit bestandskräftig wird und die Bestandskraft etwaige Fehler heilt.[197] Hier sind verschiedene prozessrechtliche Varianten denkbar, etwa dergestalt, dass der Wohnungseigentümer die Anfechtungsklage zwar fristgerecht erhoben hat, dann aber nicht innerhalb der Begründungsfrist begründet (vgl. § 46 Abs. 1 Satz 2 WEG). Lagen nicht ausnahmsweise Nichtigkeitsgründe vor, muss das Gericht die Anfechtungsklage von Amts wegen als unbegründet abweisen. Der Beschluss wird bestandskräftig und etwaige Fehler geheilt. Auch in diesem Fall geht der ursprünglich entstandene Schadensersatzanspruch unter. Gleiches würde für die Klagerücknahme gelten (§ 269 ZPO), die ebenfalls zur Bestandskraft des Beschlusses führt.

c) Passivlegitimation

Der frühere Streit, gegen wen sich der Verzögerungsschadensersatzanspruch richtet, hat sich durch die Entscheidung des *V. Senats* vom 17.10.2014 geklärt. Es sind diejenigen Wohnungseigentümer, die ihr Stimmrecht pflichtwidrig ausgeübt haben, in Anspruch zu nehmen, nicht aber der Verband.[198] Dies ist *de lege lata* richtig, wenn man die Mitwirkungspflicht, wie oben, auf §§ 20, 21 WEG stützt, denn mitwirkungspflichtig ist bei der Beschlussfassung über die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nicht der Verband, sondern jeder einzelne Wohnungseigentümer.[199]

Nach dem WEMoG-RegE würde der Wohnungseigentümer, dem in der Wohnungseigentümerversammlung der gewünschte Beschluss verweigert wurde, die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer in Anspruch nehmen. Denn von dieser könnte er eine ordnungsmäßige Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums verlangen (§ 18 Abs. 2 Nr. 1 WEG-E). Auch Schadensersatzansprüche würden sich

[197] Siehe ausführlich oben in § 16 III. 1. und aus der Rechtsprechung noch einmal BGH, Urt. v. 13.07.2012 – V ZR 94/11, ZWE 2012, 431, 432, Tz. 11; OLG Hamm, Urt. v. 11.01.2005 – 15 W 402/04, ZMR 2005, 808, 809.

[198] BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2015, 53. Zutreffend so schon etwa LG Hamburg, Urt. v. 31.08.2011 – 318 S 258/10, ZWE 2012, 26 f.; LG Saarbrücken, Urt. v. 07.09.2012 – 5 S 23/11, ZWE 2013, 89, 90; *Armbrüster/Kräher,* ZWE 2014, 1, 6.

[199] Ausführlich oben in § 16 III. 2. a) aa) und in BGH, Urt. v. 17.10.2014 – V ZR 9/14, NZM 2015, 53, Tz. 22.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

gegen den Verband richten. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, vertreten durch ihren Verwalter, würde sodann denjenigen Wohnungseigentümer auf Schadensersatz in Regress nehmen, der den ordnungsmäßigen Beschluss durch sein Stimmverhalten verhindert hat.[200] Die Anspruchsgrundlage der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer gegen diese Wohnungseigentümer wäre der hier untersuchte Verzögerungsschadensersatzanspruch aus §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB.[201]

3. Zwischenergebnis

Soweit mit dem prozessrechtlichen Beschlussmängelrecht des Wohnungseigentumsgesetzes Schäden durch pflichtwidriges Stimmverhalten abgewendet werden können, ist diese Rechtsschutzmöglichkeit vorrangig zu nutzen. Insbesondere darf mit materiell-rechtlichen Schadensersatzansprüchen die Bestandskraft eines Beschlusses nicht unterlaufen werden.

Richtige Anspruchsgrundlage auf Ersatz von Schäden aufgrund pflichtwidrigen Stimmverhaltens sind die §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB. Es handelt sich also um einen Verzögerungsschaden. Jeder Wohnungseigentümer unterliegt kraft Gesetzes einer Mitwirkungspflicht betreffend die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums (§§ 20 Abs. 1, 21 Abs. 3 und 4 WEG/§ 19 Abs. 1 WEG-E). Die Mitwirkungspflicht wird durch die Stimmabgabe in der Wohnungseigentümerversammlung erfüllt. Ist die Mitwirkungspflicht im Zeitpunkt der Wohnungseigentümerversammlung durchsetzbar, stellt das Nichterscheinen, die Nichtabgabe der Stimme und die Gegenstimme zu einem zwingenden Beschluss grundsätzlich eine Pflichtverletzung dar.

Für den Verzögerungsschadensersatzanspruch bedarf es meist keiner Mahnung im Sinne von § 286 Abs. 1 BGB, da mit dem Tag der Wohnungseigentümerversammlung die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt ist und daher der Tag den Wohnungseigentümer mahnt (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Dem Verwalter steht in seiner Funktion als Versammlungsleiter kraft Gesetzes das Recht zu, den Tag der Versammlung auszuwählen und auf diesen Tag einzuladen (§ 24 Abs. 1 und 5 WEG 2007/2020). Mit dieser Einladung wird die Leistungszeit für die Ausübung des Stimmrechts bestimmt. Die Fallgruppe der Pflicht-Instandsetzung rechtfertigt ferner mit Ablauf der Wohnungseigentümerversammlung den sofortigen Eintritt des Schuldnerverzugs (§ 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB).

Ob das Nichterscheinen, die Nichtabgabe der Stimme oder die Gegenstimme zu einer Schadensersatzpflicht führt, ist auch eine Frage der haftungsausfüllenden Kausalität. Verletzen mehrere Wohnungseigentümer ihre Mitwirkungspflicht (ku-

[200] *Skauradszun*, ZRP 2020, 34, 35; *Skauradszun/Harnack*, AnwZert MietR 13/2020, 1, 2; *Skauradszun*, in: SEHR, WEG, Kap. Verbandsrecht, III 2 d.

[201] *Skauradszun/Harnack*, AnwZert MietR 13/2020, 1, 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

mulative und alternative Kausalität), ist das pflichtwidrige Stimmverhalten im Regelfall wechselseitig zuzurechnen.

IV. Die Haftung für Stimmverhalten am Beispiel des Gläubigerausschusses

Das zweite für die hier interessierenden Haftungsfragen näher zu betrachtende Kollektivorgan ist der Gläubigerausschuss. Auch hier haben den BGH schon Fragen zur Haftung für das Stimmverhalten beschäftigt,[202] was eine gewisse Praxisrelevanz belegt. Typischerweise wird der Gläubigerausschuss ersucht, durch Beschluss einer besonders bedeutsamen Rechtshandlung i. S. v. § 160 InsO zuzustimmen. Legt der Insolvenzverwalter dem Gläubigerausschuss etwa die Frage vor, ob dieser der Veräußerung des Schuldnerunternehmens zustimmt (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 InsO), wurde der Sachverhalt jedoch zuvor nicht ausreichend aufgeklärt – etwa durch eine Unternehmensbewertung oder durch Vergleichsangebote etc. – und stimmt der Gläubigerausschuss gleichwohl zu, können sich die Mitglieder des Gläubigerausschusses durch eine die Insolvenzmasse schädigende Stimmabgabe schadensersatzpflichtig machen.[203]

Der dogmatische Reiz bei diesem Kollektivorgan resultiert aus dem Spannungsverhältnis zwischen privatrechtlichem Kollektivorgan und öffentlich-rechtlichem Verfahrensrecht. Aus § 72 InsO wird ersichtlich, dass der Wille im Gläubigerausschuss durch Beschluss gebildet wird. Dies führt zu der Frage, ob die für die privatrechtlichen Kollektivorgane entwickelte Beschlussprozedur unverändert auch auf den Gläubigerausschuss Anwendung findet. Zugleich ist die Beschlussfassung des Gläubigerausschusses in ein Verfahrensgesetz eingebettet und muss in der Zusammenschau mit dem Insolvenzschuldner, dem Insolvenzverwalter und der Gläubigerversammlung gesehen werden. Nachdem oben ausführlich die Haftung für das Stimmverhalten in der Wohnungseigentümerversammlung untersucht wurde, liegt schließlich die Frage nahe, welche Erkenntnisse auf die Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses übertragbar bzw. wo Unterschiede festzustellen sind.

Wie so oft im deutschen Privatrecht und nicht anders als bei den hier untersuchten europäischen Nachbarn setzt auch § 72 InsO den Beschluss als Rechtsgeschäft voraus. Ein Beschluss des Gläubigerausschusses ist danach gültig, wenn die Mehrheit der Mitglieder an der Beschlussfassung teilgenommen hat und der Beschluss mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst worden ist. Der Gesetzgeber hat sich also darauf konzentriert, die Beschlussfähigkeit und das allgemeine Mehrheitsprinzip zu regeln.

[202] Etwa BGH, Urt. v. 22.01.1985 – VI ZR 131/83, ZIP 1985, 423.

[203] So der BGH in Urt. v. 22.01.1985 – VI ZR 131/83, ZIP 1985, 423, unter II. 2.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Die im Allgemeinen Teil dieser Schrift entwickelte Beschlussprozedur scheint auch auf den Gläubigerausschuss anwendbar. Das bedeutet zuvorderst, dass die einzelnen Stimmen der Mitglieder des Gläubigerausschusses Willenserklärungen sind,[204] gegenüber einem Versammlungsleiter abgegeben werden, dort das Abstimmungsergebnis festgestellt und der Beschluss sodann verkündet wird.[205] Die Mitglieder des Gläubigerausschusses können mit JA oder NEIN abstimmen, im Übrigen sich der Stimme enthalten.[206] Der Beschlussgegenstand kann positiv oder negativ formuliert sein; ferner kann der Gläubigerausschuss Positiv- und Negativbeschlüsse fassen.[207] Bestimmen die Mitglieder des Gläubigerausschusses keinen Versammlungsleiter, können sie das Abstimmungsergebnis selbst feststellen und den Beschluss – auch konkludent – verkünden.[208] Können sie sich auf Besonderheiten innerhalb der Beschlussprozedur nicht einigen, können sie durch Geschäftsordnungsbeschluss entscheiden.[209] Dies kann etwa der Fall sein, wenn die Frage im Raum steht, ob ein Mitglied des Gläubigerausschusses einem Stimmverbot unterliegt.[210] Auch die Beschlüsse des Gläubigerausschusses können außerhalb von Versammlungen gefasst werden.[211] Nach alldem ist nichts dafür ersichtlich, dass im Gläubigerausschuss von der hier entwickelten Beschlussprozedur abgewichen werden müsste. Diese gestaltet sich vielmehr gleich wie in allen anderen privatrechtlichen Kollektivorganen auch. Dies bedeutet allerdings auch, dass die eine oder andere Fehlentwicklung auch beim Gläubigerausschuss festzustellen und gleichermaßen abzulehnen ist. So wird auch dort vertreten, dass geheime Stimmabgaben zulässig sein sollen,[212] was oben für alle privatrechtlichen Kollektivorgane widerlegt wurde[213] und daher auch beim Gläubigerausschuss nicht rechtmäßig ist.

1. Spezielle und allgemeine Anspruchsgrundlagen

Die im Wohnungseigentumsrecht mühsame Suche nach der richtigen Anspruchsgrundlage gestaltet sich im Insolvenzrecht einfacher: Nach § 71 Satz 1 InsO

---

[204] Dazu oben in § 3 I.

[205] Dazu oben in § 4.

[206] Dazu oben in § 3 I. Zur Stimmenthaltung im Gläubigerausschuss *Schmid-Burgk*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 20.

[207] Dazu oben in § 3 I.

[208] Dazu oben in § 4 VI. 7. und 8.

[209] Dazu oben in § 4 VI. 8.

[210] Eine solche Interessenkollision kann es auch bei Mitgliedern des Gläubigerausschusses geben, *Schmid-Burgk*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 14 und *Jungmann*, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 72 Rn. 2 und 4 ff. In Rn. 6 deutet er den Geschäftsordnungsbeschluss an.

[211] Dazu oben in § 8; für den Gläubigerausschuss ausdrücklich so *Schmid-Burgk*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 10.

[212] *Schmid-Burgk*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 5.

[213] Oben in § 15 II.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

sind die Mitglieder des Gläubigerausschusses den absonderungsberechtigten Gläubigern und den Insolvenzgläubigern zum Schadensersatz verpflichtet, wenn sie schuldhaft die Pflichten verletzen, die ihnen nach diesem Gesetz obliegen. Es handelt sich folglich um eine gesetzliche Schadensersatzanspruchsgrundlage,[214] die § 60 InsO für die Insolvenzverwalterhaftung und ferner den organschaftlichen Schadensersatzanspruchsgrundlagen aus dem Gesellschaftsrecht ähnelt. Grundlage für die Haftung ist nämlich nicht ein vertragliches Schuldverhältnis,[215] sondern die Einsetzung einer Person als Mitglied des Gläubigerausschusses durch das Insolvenzgericht (§ 67 Abs. 1 InsO). Die Mitglieder des Gläubigerausschusses haben folglich ein privates Amt inne.

Bevor diese Anspruchsgrundlage näher untersucht wird, soll noch geklärt werden, ob weitere Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen. Insbesondere ist fraglich, ob eine Schadensersatzanspruchsgrundlage im Verhältnis der Mitglieder des Gläubigerausschusses zueinander ersichtlich ist. Ist beispielsweise § 280 Abs. 1 BGB zwischen den Mitgliedern des Gläubigerausschusses anwendbar? Das dafür erforderliche Schuldverhältnis im Sinne von § 241 BGB ist jedoch nicht erkennbar. Der Bedarf nach einer Schadensersatzanspruchsgrundlage zwischen den Mitgliedern des Gläubigerausschusses scheint jedoch auch weniger hoch. Üben die Mitglieder des Gläubigerausschusses ihr Stimmverhalten pflichtwidrig aus, schädigen sie primär die Gläubigergesamtheit, nämlich die absonderungsberechtigten Gläubiger und die (einfachen und nachrangigen) Insolvenzgläubiger, aber nicht primär die übrigen Mitglieder des Gläubigerausschusses. Hier ist ein bedeutsamer Unterschied zwischen der Haftung für das Stimmverhalten im Gläubigerausschuss und der Haftung in der Wohnungseigentümerversammlung auszumachen. Das pflichtwidrige Stimmverhalten in der Wohnungseigentümerversammlung hat in vielen Fällen unmittelbare Folgen für das Sondereigentum eines Organwalters – erinnert sei nur an die versagte Dacherhaltung, was unmittelbar Schäden in der Dachgeschosswohnung auslöst –, weshalb *de lege lata* der Bedarf an einer Schadensersatzanspruchsgrundlage im Verhältnis der Wohnungseigentümer zueinander hoch ist.[216] Beim Gläubigerausschuss wird man allenfalls sagen können, dass das pflichtwidrige Stimmverhalten im Gläubigerausschuss nur dann für die einzelnen Mitglieder mehr oder weniger spürbare Folgen haben kann, wenn diese Teil der Gläubigergesamtheit sind, da dann auch ihre Quote sinkt. Das ist ausweislich § 67 Abs. 3 InsO nicht grundsätzlich der Fall, da zu Mitgliedern des Gläubigerausschusses auch Personen bestellt werden können, die keine Gläubiger sind. Ferner kann insbesondere mit Blick auf den Vertreter der Kleingläubiger im Gläubigerausschuss gezeigt werden, dass der Bedarf an einem eigenen Schadensersatzanspruch gegen die übrigen Mitglieder des Gläubigerausschusses geringer ist, da der beim Kleingläubiger persönlich eintretende Schaden überschaubar sein wird. Wenn § 280 Abs. 1 BGB folglich zwischen den

[214] *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 64. Lfg. 7/15, § 71 Rn. 4.

[215] *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 64. Lfg. 7/15, § 71 Rn. 4.

[216] Siehe zu den Änderungen durch das WEMoG-RegE oben unter § 16 III. 2. c).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Mitgliedern des Gläubigerausschusses nicht anwendbar ist, bedeutet dies keine bedenkliche Rechtsschutzlücke.

Keine Bedenken bestehen im Übrigen, dass Gläubiger oder der Insolvenzschuldner gegen Mitglieder des Gläubigerausschusses deliktische Ansprüche geltend machen.[217] Denkbar ist etwa ein Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB, wenn durch ein pflichtwidriges Stimmverhalten ein dingliches Recht, wie ein Pfandrecht oder Grundpfandrecht eines absonderungsberechtigten Gläubigers, verletzt wird.[218] Möglich erscheint ferner, dass gegen die Mitglieder des Gläubigerausschusses ein Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 266 StGB geltend gemacht wird, wenn die Mitglieder des Gläubigerausschusses den Tatbestand der Untreue verwirklicht haben.[219]

2. Parallelen und Unterschiede zwischen einer Haftung für pflichtwidriges Stimmverhalten nach §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB und § 71 InsO

Von besonderem Interesse ist nun die Untersuchung, inwieweit sich die Haftung für pflichtwidriges Stimmverhalten in Kollektivorganen ähnelt, wenn man die Erkenntnisse aus dem vorherigen Kapitel zur Wohnungseigentümerversammlung mit der Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses nach § 71 InsO vergleicht. Während beispielsweise im Wohnungseigentumsrecht zuvorderst zu klären war, ob das prozessuale Beschlussmängelrecht nach §§ 43 ff. WEG materiell-rechtliche Schadensersatzansprüche verdrängt, hat der Gesetzgeber in der InsO ein prozessuales Beschlussmängelrecht für Entscheidungen des Gläubigerausschusses schon nicht kodifiziert, weshalb sich eine vergleichbare Frage beim Gläubigerausschuss nicht stellt. Daher werden in der Praxis die Beschlüsse des Gläubigerausschusses auf ihre Rechtmäßigkeit meist erst deutlich später und inzident im Schadensersatzprozess geprüft.[220]

Allen voran ist auch bei der Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses zu fragen, welche Pflicht beim Stimmverhalten verletzt werden kann (dazu unter a)).

---

[217] *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1153; *Pöhlmann/Kubusch*, in: Graf-Schlicker, InsO, 4. Aufl. 2014, § 71 Rn. 1; *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 64. Lfg. 7/15, § 71 Rn. 4; *T. Hirte*, in: Braun, InsO, 7. Aufl. 2017, § 71 Rn. 10 f.

[218] *Wagner*, in: MüKoBGB, 7. Aufl. 2017, § 823 Rn. 270; *Teichmann*, in: Jauernig, BGB, 17. Aufl. 2018, § 823 Rn. 15.

[219] *Pöhlmann/Kubusch*, in: Graf-Schlicker, InsO, 4. Aufl. 2014, § 71 Rn. 9; *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 64. Lfg. 7/15, § 71 Rn. 21.

[220] So auch die Wahrnehmung von *Jungmann*, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 72 Rn. 18. Es überzeugt die Annahme, dass das Insolvenzgericht einen Beschluss des Gläubigerausschusses nicht aufheben kann, da eine dem § 78 InsO vergleichbare Vorschrift fehlt (*Schmid-Burgk*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 22; *Jungmann*, a. a. O., Rn. 19). Die hier in § 16 I. dargestellten Fehler schlagen auf die Wirksamkeit des Beschlusses aber gleichwohl durch (§§ 134, 138 BGB), da es sich um allgemeine Wirksamkeitsgrenzen bei Rechtsgeschäften handelt und auch der Beschluss des Gläubigerausschusses ein solches Rechtsgeschäft ist.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Sodann ist das Vertretenmüssen zu klären (b)), der Schaden zu bestimmen (c)) und die Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem Schaden zu prüfen (d)). Abschließend ist zu fragen, ob zwischen den Mitgliedern des Gläubigerausschusses Regressansprüche bestehen können (e)).

a) Pflichtverletzungen beim Stimmverhalten

Ausgangspunkt aller Haftungsfragen war die Erkenntnis, dass Anknüpfungspunkt für die persönliche Haftung von Organwaltern das individuelle Stimmverhalten ist (§ 16 II. 1.). Dies erkennt der BGH bei der Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses ausdrücklich so an und entspricht der allgemeinen Auffassung im Schrifttum.[221] Da der Gläubigerausschuss als solches nicht rechtsfähig ist,[222] richtet sich die Haftung nicht gegen das Kollektivorgan. Auch bei der Haftung seiner Mitglieder kann folglich an dem Grundsatz festgehalten werden, dass Anknüpfungspunkt für die persönliche Haftung das individuelle Stimmverhalten des jeweiligen Mitglieds ist und somit § 71 InsO diese persönliche Pflichtverletzung ausschließlich gegenüber dem jeweiligen Organwalter adressiert.[223]

Als mögliche Pflichtverletzungen beim Stimmverhalten in der Wohnungseigentümerversammlung haben sich sodann das Fernbleiben von der Versammlung, die Stimmenthaltung bei der Beschlussfassung und die fehlerhafte Gegenstimme herausgestellt. Ausgehend von § 69 InsO gehört zu den Aufgaben des Gläubigerausschusses, dass dessen Mitglieder den Insolvenzverwalter bei seiner Geschäftsführung zu unterstützen und zu überwachen haben. Sie haben sich über den Gang der Geschäfte zu unterrichten sowie die Bücher und Geschäftspapiere einzusehen und den Geldverkehr und -bestand prüfen zu lassen.[224]

Soll hierüber im Gläubigerausschuss ein Beschluss gefasst werden, ist fraglich, ob das Fernbleiben vom Gläubigerausschuss eine Pflichtverletzung darstellt. Bei der Wohnungseigentümerversammlung war hierfür die Frage entscheidend, ob der einzelne Wohnungseigentümer einer Mitwirkungspflicht unterliegt. Wird eine sol-

[221] BGH, Urt. v. 22.01.1985 – VI ZR 131/83, ZIP 1985, 423, Tz. 39 („Mitglieder des Gläubigerausschusses können sich aber durch eine die Masse schädigende Stimmabgabe schadensersatzpflichtig machen"); *Ampferl*, in: Kübler, Handbuch Restrukturierung, 2. Aufl. 2015, § 14 Rn. 54; *Riedel*, in: HK-InsO, 10. Aufl. 2020, § 71 Rn. 2; *Jungmann*, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 71 Rn. 7; *T. Hirte*, in: Braun, InsO, 7. Aufl. 2017, § 71 Rn. 6; *Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 71 Rn. 3 und 17.

[222] So ist dies auch bei den Organen der privatrechtlichen Verbände, vgl. oben in § 5.

[223] *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1153; *Lehmann/Rettig*, NZI 2015, 790, 791. Handelt es sich bei dem Organwalter um eine privatrechtliche juristische Person oder eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, haften diese und nicht die sie vertretenenden natürlichen Personen, überzeugend *Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 71 Rn. 1.

[224] Entsprechend der oben vorgenommenen Eingrenzung des Themas soll auch hier nicht näher untersucht werden, wann ein Beschluss des Gläubigerausschusses inhaltlich fehlerhaft ist, also beispielsweise wann einer bedeutsamen Rechtshandlung im Sinne von § 160 InsO nicht hätte zugestimmt werden dürfen.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

che Mitwirkungspflicht beim Gläubigerausschuss bejaht, wäre auch dort naheliegend, dass die Mitwirkungspflicht durch die Abgabe der Stimme erfüllt wird (§ 72 InsO) und das Fernbleiben vom Kollektivorgan daher grundsätzlich eine Pflichtverletzung darstellt.

Für eine solche Mitwirkungspflicht spricht zunächst, dass Mitglied des Gläubigerausschusses nur werden kann, wer vom Insolvenzgericht hierzu eingesetzt wird (§ 67 InsO). Dies wiederum setzt voraus, dass die jeweilige Person gegenüber dem Insolvenzgericht Bereitschaft zur Übernahme des privaten Amtes erklärt hat.[225] Hinzu kommt, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses ausweislich § 73 Abs. 1 Satz 1 InsO vergütet werden. Auf der anderen Seite war schon bei der Wohnungseigentümerversammlung die Frage aufgekommen, ob eine Regelung zur Beschlussfähigkeit bzw. eine solche zur Zweitversammlung Rechtsfolge genug ist, sodass das Fernbleiben von der Versammlung als solches noch keine Pflichtverletzung darstellt. Dieser Gedanke hatte allerdings schon im Wohnungseigentumsrecht nicht überzeugt[226] und überzeugt auch im Insolvenzrecht nicht, zumal § 72 InsO nicht regelt, was gilt, wenn der Gläubigerausschuss nicht beschlussfähig war. Insbesondere gibt es keine Regelung dergestalt, dass innerhalb einer bestimmten Frist eine Zweitversammlung stattzufinden hat, die in jedem Falle beschlussfähig ist. Dies alles spricht dafür, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses einer Mitwirkungspflicht unterliegen. Die Mitwirkungspflicht wird durch die Abgabe der Stimme erfüllt. Das Fernbleiben vom Kollektivorgan stellt damit auch beim Gläubigerausschuss grundsätzlich eine Pflichtverletzung dar.

Wer dieser Argumentation folgt, wird erwägen müssen, auch die Stimmenthaltung als Pflichtverletzung anzusehen. Die Stimmenthaltung ist zwar eine der drei grundsätzlich zugelassenen Reaktionen auf einen zur Abstimmung gestellten Beschlussantrag,[227] unterliegt ein Organwalter hingegen einer Mitwirkungspflicht[228] verengen sich die Reaktionsmöglichkeiten: Wer sich der Stimme enthält, wirkt an der Beschlussfassung nicht mit, denn im Sinne der Rechtsgeschäftslehre ist die Stimmenthaltung ein Nullum.[229] Von dem jeweiligen Mitglied des Gläubigerausschusses wird jedoch kein Nullum, sondern eine Willenserklärung erwartet. Bei der Stimmenthaltung erfüllt das Mitglied des Gläubigerausschusses seine Mitwirkungspflicht dagegen nicht vollständig. Da der Gläubigerausschuss zu denjenigen Kollektivorganen gehört, in denen „von jedem Beteiligten erwartet werden muß, daß er aus seiner Verantwortung heraus Farbe bekennt“[230] und der BGH auch an anderer

[225] *Schmid-Burgk*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 67 Rn. 27.

[226] Oben in § 16 III. 2. a) dd).

[227] Oben in § 3 II., auch mit umfangreichen Nachweisen aus Rechtsprechung und Schrifttum.

[228] Oben in § 5 II.

[229] Oben in § 3 II.

[230] So die Wendung in BGH, Urt. v. 25.01.1982 – II ZR 164/81, NJW 1982, 1585 in einem vereinsrechtlichen Fall.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Stelle die bloße Stimmenthaltung als ausreichenden Haftungsgrund angesehen hat,[231] verhält sich ein Mitglied des Gläubigerausschusses im Grundsatz nicht pflichtgemäß, wenn es sich der Stimme enthält.

Damit verbleibt zu klären, ob auch die pflichtwidrige Gegenstimme eine Pflichtverletzung im Sinne von § 71 InsO darstellt. Bei der Wohnungseigentümerversammlung war hierfür die Erkenntnis von besonderer Bedeutung, dass den Wohnungseigentümern bei der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums ein großes Ermessen zusteht und die Gegenstimmen nur dann pflichtwidrig sind, wenn sich das Ermessen der Wohnungseigentümer bei einem konkreten Beschlussgegenstand auf null reduziert hat.[232] Diese Einschränkung erscheint auch beim Gläubigerausschuss angezeigt. Die Beschlüsse des Gläubigerausschusses betreffen häufig unternehmerische Entscheidungen.[233] Hat der Gläubigerausschuss beispielsweise darüber zu befinden, ob er einer bedeutsamen Rechtshandlung des Insolvenzverwalters im Sinne von § 160 InsO zustimmt, also etwa, ob ein Betrieb des Insolvenzschuldners veräußert werden soll oder nicht, oder ein Rechtsstreit mit erheblichem Streitwert anhängig gemacht werden soll oder nicht, dann muss den Mitgliedern des Gläubigerausschusses ein weites Ermessen zugebilligt werden.[234] Diese Entscheidungen, die die unternehmerischen Entscheidungen im Insolvenzverfahren substituieren, können von Erfolg gekrönt sein, sich aber auch – und dies meist erst im Nachhinein – als nachteilig herausstellen. Solange sich das Stimmverhalten innerhalb des den Mitgliedern des Gläubigerausschusses eingeräumten Ermessens bewegt, ist das Stimmverhalten nicht pflichtwidrig. Allerdings kann das Ermessen auch im Gläubigerausschuss auf null reduziert sein, sodass in diesem Fall eine Gegenstimme zu einem bestimmten Beschlussantrag eine Pflichtverletzung darstellt.

b) Fragen der besonderen Sachkunde und Gesamtverantwortung

Die Haftung in der Wohnungseigentümerversammlung ist genauso wie die Haftung im Gläubigerausschuss verschuldensabhängig. In beiden Fällen ist zu fragen, ob der Organwalter das pflichtwidrige Stimmverhalten zu vertreten, nämlich vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat.[235] In beiden Fällen genügt dafür allerdings

[231] So in der oben in § 16 III. untersuchten Entscheidung des BGH zum Wohnungseigentumsrecht (Urt. v. 17.10. 2014 – V ZR 9/14, NZM 2015, 53, Tz. 21 und 2. Leitsatz). Siehe zu zustimmenden Stimmen aus dem Schrifttum in § 16 III. 2. a) aa).

[232] Dazu oben in § 16 III. 2. a) dd).

[233] Deshalb wird gelegentlich der Vorschlag gemacht, die Grundsätze der *business judgment rule* heranzuziehen (dafür etwa *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1154, dagegen *Jungmann*, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 71 Rn. 3).

[234] *Jungmann*, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 71 Rn. 3.

[235] *Riedel*, in: HK-InsO, 7. Aufl. 2014, § 71 Rn. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schon leichte Fahrlässigkeit.[236] Im Anschluss an die Ergebnisse des vorherigen Kapitels scheint es auch beim Gläubigerausschuss stimmig zu sein, dass das Fernbleiben von der Versammlung und die Stimmenthaltung in aller Regel zu vertretende Pflichtverletzungen sind. In den Fällen der Krankheit ist auch hier zu fragen, ob ein Mitglied des Gläubigerausschusses eine Person als Stellvertreter bevollmächtigen oder seine Stimme durch einen Boten überbringen lassen kann, diese Möglichkeit jedoch nicht nutzt. Das Mitglied wirkt dann zumindest fahrlässig nicht an den Aufgaben des Gläubigerausschusses mit.

Wie ist nun mit Fällen umzugehen, in denen ein Mitglied des Gläubigerausschusses über besondere Sachkunde verfügt? Wie auch sonst im allgemeinen Schadensrecht können besondere Kenntnisse berücksichtigt werden, sodass der Haftungsmaßstab teils strenger ist.[237] Ein strengerer Haftungsmaßstab ist etwa bei einem Mitglied des Gläubigerausschusses denkbar, welches die Banken als Großgläubiger repräsentiert.[238]

Interessant ist schließlich noch eine Parallele zwischen den organschaftlichen Schadensersatzanspruchsgrundlagen und der Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses nach § 71 InsO. Bei der aktienrechtlichen Schadensersatzanspruchsgrundlage nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG entspricht es der herrschenden Meinung, dass den Mitgliedern des Vorstands eine Gesamtverantwortung zukommt und sie sich ihrer Verantwortung nicht dadurch entledigen können, dass sie die Geschäfte innerhalb des Kollektivorgans aufteilen.[239] Es handelt sich auch im Falle einer Geschäftsverteilung nach überwiegender Auffassung im Aktienrecht um ein eigenes Überwachungsverschulden der Vorstandsmitglieder.[240] Wie soll nun das Vertretenmüssen entschieden werden, wenn die Mitglieder des Gläubigerausschusses die Aufgaben im Sinne von § 69 InsO verteilt haben? Da eine solche Geschäftsverteilung von § 69 InsO nicht zugelassen wird und wohl auch nicht der Vorstellung des Gesetzgebers entsprach, für den Gläubigerausschuss eine permanente Überwachungspflicht wesensimmanent ist und schließlich bei Beschlussfassungen alle Mitglieder zur Teilnahme an der Beschlussprozedur berufen sind, bei der Beschlussfassung also keine Aufteilung stattfindet, erscheint es richtig, bei den

[236] *Lehmann/Rettig*, NZI 2015, 790, 791; *Pöhlmann/Kubusch*, in: Graf-Schlicker, InsO, 4. Aufl. 2014, § 71 Rn. 4; *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 64. Lfg. 7/15, § 71 Rn. 12.

[237] *T. Hirte*, in: Braun, InsO, 7. Aufl. 2017, § 71 Rn. 3.

[238] Wohl ebenso *Pöhlmann/Kubusch*, in: Graf-Schlicker, InsO, 4. Aufl. 2014, § 71 Rn. 4.

[239] *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 93 Rn. 42. Im GmbH-Recht ist das Schrifttum weniger streng. Etwa *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 43 Rn. 26 nehmen bei zulässiger Ressortaufteilung an, dass primär der Ressortinhaber hafte und die übrigen Organwalter nur, wenn sie eine Überwachungspflicht verletzt haben.

[240] *Koch*, in: Hüffer/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 93 Rn. 42; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 93 AktG Rn. 30.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Mitgliedern des Gläubigerausschusses von einer Gesamtverantwortung auszugehen.[241] Ihnen wird also zumindest ein Überwachungsverschulden vorgeworfen.

c) Schaden und gesetzliche Prozessstandschaft

§ 71 InsO enthält keine eigene Regelung zur Rechtsfolge, regelt vielmehr nur, dass die Mitglieder des Gläubigerausschusses zum Schadensersatz verpflichtet sind. Daher finden die allgemeinen Rechtsfolgenvorschriften der §§ 249 ff. BGB Anwendung,[242] sodass der Schaden typischerweise in Geld zu ersetzen ist (§ 251 Abs. 1 BGB). Handelt es sich um einen Gesamtschaden, würde diesen der Insolvenzverwalter nach § 92 InsO geltend machen.[243] In diesem Falle handelt es sich auch bei § 71 InsO um einen Fall einer gesetzlichen Prozessstandschaft.[244] Die Mitglieder des Gläubigerausschusses, die ihre Pflichten schuldhaft verletzt haben, haben somit Schadensersatz in die Insolvenzmasse zu leisten. Geht es um einen Individualschaden, kann der Geschädigte den Anspruch aus § 71 InsO selbstständig geltend machen.

Der Schaden der einfachen Insolvenzgläubiger wird regelmäßig ein sog. Quotenschaden sein.[245] Wie auch beim Quotenschaden der Altgläubiger, den diese nach § 823 Abs. 2 BGB, § 15a Abs. 1 InsO ersetzt verlangen können und der als Gesamtschaden vom Insolvenzverwalter geltend gemacht wird (§ 92 InsO), dürfte allerdings ein solcher Schadensfall die typischen Schwierigkeiten bei der Schadensberechnung aufweisen und in manchen Fällen daher eher theoretischer Natur sein.[246]

d) Parallelen und Unterschiede bei der Kausalitätsprüfung

Schließlich ist zu prüfen, ob das pflichtwidrige Stimmverhalten für den eingetretenen Schaden kausal war.[247] Die bei der Wohnungseigentümerversammlung herausgebildeten Fallgruppen scheinen auch beim Gläubigerausschuss anwendbar

---

[241] Ebenso *Riedel*, in: HK-InsO, 10. Aufl. 2020, § 71 Rn. 2; ferner so wohl auch *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 64. Lfg. 7/15, § 71 Rn. 13; *Jungmann*, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 71 Rn. 8; *Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 71 Rn. 4 und 17.

[242] Weshalb *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 64. Lfg. 7/15, § 71 Rn. 17 und *Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 71 Rn. 19 etwa § 254 BGB heranziehen.

[243] *Riedel*, in: HK-InsO, 10. Aufl. 2020, § 71 Rn. 4; *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 64. Lfg. 7/15, § 71 Rn. 6; *T. Hirte*, in: Braun, InsO, 7. Aufl. 2017, § 71 Rn. 8; *Knof*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl. 2019, § 71 Rn. 2 und 18.

[244] *K. Schmidt*, JuS 2018, 176, 177.

[245] *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1153; *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 64. Lfg. 7/15, § 71 Rn. 17.

[246] *Haas/Kolmann/Pauw*, in: Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2015, § 92 Rn. 106.

[247] *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1154; *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 64. Lfg. 7/15, § 71 Rn. 18.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

zu sein. Der einfachere, aber auch seltenere Fall ist der, dass genau eine pflichtwidrige Stimme kausal für einen rechtswidrigen Beschluss war.[248] In den Fällen der Monokausalität bestehen keine Bedenken, das pflichtwidrige Stimmverhalten als für den Schaden kausal anzusehen, wenn diese Stimme nicht weggedacht werden könnte, ohne dass der Erfolg entfiele. Umgekehrt führt die pflichtwidrige Gegenstimme nicht zu einem kausalen Schaden, wenn der positive Beschluss gleichwohl zustande kam. Stimmen zwei Mitglieder des Gläubigerausschusses pflichtwidrig ab, was nur gemeinsam zum rechtswidrigen Beschluss geführt hat, erscheint es billig, das pflichtwidrige Stimmverhalten des jeweils anderen Organwalters dem anderen zuzurechnen. Auch hier muss die Kausalität also um ein wertendes Element erweitert werden (kumulative Kausalität).[249] Andernfalls würde sich jedes Mitglied darauf berufen können, dass der Positivbeschluss schon durch eine andere NEIN-Stimme verhindert wurde.

Da es ausweislich § 72 InsO genügt, wenn die Mehrheit der abgegebenen Stimmen für einen Beschlussantrag abgestimmt hat, stellt sich allerdings nicht das Problem, dass die erforderliche Einstimmigkeit schon deshalb nicht erreicht wurde, weil zwei Organwalter gegen den Beschlussantrag gestimmt haben und daher beide Organwalter geltend machen, dass schon *eine* Gegenstimme genügt hat, den Beschluss zu verhindern. Der Sonderfall der alternativen Kausalität ist für den Gläubigerausschuss aufgrund § 72 InsO also nicht relevant. Damit verbleibt nach alldem die Erkenntnis, dass sich auch die Mitglieder des Gläubigerausschusses nicht auf das Stimmverhalten der übrigen Mitglieder berufen können, sondern für ihr Stimmverhalten individuell haften.[250]

e) Regressansprüche zwischen den Mitgliedern des Gläubigerausschusses

Nach dem oben entwickelten Haftungssystem für das Stimmverhalten im Gläubigerausschuss haften diejenigen Mitglieder *nicht*, die *pflichtgemäß* abgestimmt haben.[251] Zur Haftung verpflichtet sind allein die Mitglieder, die *pflichtwidrig* abgestimmt haben. Sie haften dann als Gesamtschuldner.[252] Zwischen ihnen entsteht eine Gesamtschuld im Sinne von § 421 BGB.[253] Erfüllt einer der Gesamtschuldner den Schadensersatzanspruch aus § 71 InsO, wird er ein Interesse daran haben, bei den

[248] Beispiel wäre, dass von fünf Mitgliedern des Gläubigerausschusses drei erscheinen, zwei davon sich der Stimme enthalten und nur ein Mitglied mit JA stimmt.

[249] Siehe schon oben in § 16 III. 2. a) gg).

[250] *Jungmann*, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 71 Rn. 7.

[251] Ebenso *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1153. Anders wohl *Lehmann/Rettig*, NZI 2015, 790, 791, die den Mitgliedern des Gläubigerausschusses, die pflichtgemäß abgestimmt haben, erst auf Ebene der Gesamtschuld ein Exkulpieren ermöglichen wollen.

[252] *Riedel*, in: HK-InsO, 10. Aufl. 2020, § 71 Rn. 2; *Lehmann/Rettig*, NZI 2015, 790, 791.

[253] *Cranshaw*, ZInsO 2012, 1151, 1153; *Pöhlmann/Kubusch*, in: Graf-Schlicker, InsO, 4. Aufl. 2014, § 71 Rn. 8; *Lehmann/Rettig*, NZI 2015, 790, 791; *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 64. Lfg. 7/15, § 71 Rn. 9.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

übrigen Gesamtschuldnern Regress zu nehmen. Dieser Regress kann auf § 426 Abs. 1 BGB oder auf die *cessio legis* nach § 426 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 71 InsO gestützt werden.[254] Hinsichtlich der Regressquote nach § 426 Abs. 1 BGB ist zu sehen, dass im Gläubigerausschuss das Kopfprinzip gilt und daher jede Stimme gleiches Gewicht hat.[255] Daher haften diejenigen Mitglieder des Gläubigerausschusses, die pflichtwidrig abgestimmt haben, zu gleichen Teilen.

3. Fazit

Nach alldem bestehen Unterschiede zwischen der Haftung für pflichtwidriges Stimmverhalten im Gläubigerausschuss im Vergleich zur Wohnungseigentümerversammlung vorrangig bei der Anspruchsgrundlage und demzufolge bei der Frage, ob zusätzliche Voraussetzungen vorliegen müssen, wie das beim Verzögerungsschadensersatzanspruch mit der Prüfung des § 286 BGB der Fall ist. Jenseits dieser Unterschiede ist jedoch sowohl der Prüfungsaufbau vergleichbar als auch eine hohe Übereinstimmung bei der Frage auszumachen, was ein pflichtwidriges Stimmverhalten ausmacht. Diese Übereinstimmung setzt sich bei der Kausalitätsprüfung fort: Auch beim Gläubigerausschuss gilt daher, dass nicht jedes pflichtwidrige Stimmverhalten zu einem kausalen Schaden führt.

[254] *Kübler*, in: Kübler/Prütting/Bork, InsO, 64. Lfg. 7/15, § 71 Rn. 9; *T. Hirte*, in: Braun, InsO, 7. Aufl. 2017, § 71 Rn. 6.

[255] *Schmid-Burgk*, in: MüKoInsO, 4. Aufl. 2019, § 72 Rn. 3; *Jungmann*, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 72 Rn. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 17 Ergebnisse der Untersuchung

Nachfolgend werden die Ergebnisse der Untersuchung kapitelübergreifend dargestellt. Dabei werden zentrale Erkenntnisse, die sich in verschiedenen Bereichen als neuralgische Punkte des Beschlusswesens entpuppt haben, besonders sichtbar gemacht.

I. Die Erkenntnisse des Allgemeinen Teils

1. Wenngleich der Bedarf an Beschlüssen als rechtsgeschäftliche Instrumente der Entscheidungsfindung in Kollektivorganen enorm hoch ist, findet sich weder in Deutschland noch in den weiteren hier untersuchten Jurisdiktionen – Frankreich, Polen, Österreich, der Schweiz und den Niederlanden – ein kodifiziertes allgemeines Beschlusswesen. Die jeweiligen Gesetzgeber haben sich in diesen Jurisdiktionen durchweg auf die Normierung einzelner, gleichwohl wichtiger Facetten der Beschlussprozedur beschränkt. Gesetzestechnisch lässt sich dieses erstaunliche „beschlussrechtliche Vakuum" in Deutschland damit erklären, dass diejenigen Rechtssysteme, an denen sich die Vorkommission und die beiden Kommissionen bei ihren Vorarbeiten für ein Bürgerliches Gesetzbuch vorrangig orientiert haben, ebenfalls kein allgemeines kodifiziertes Beschlusswesen kannten. Dies gilt insbesondere für den französischen *Code Civil* sowie das römische Privatrecht. Treibende Kraft, vermehrt das Beschlusswesen in den Blick zu nehmen, war – wie in Polen – zum einen der Durchbruch der freien Marktwirtschaft und der damit einhergehende Bedarf an zunehmend größeren und heterogen zusammengesetzten Gesellschaften. Zum anderen festigte sich der zivilisierte Umgang mit einer immer wieder auftretenden Majorisierung der Minderheit,[1] zumal die Grenzen des Majoritätsprinzips immer besser ausbalanciert wurden. Ergebnis dieser aus heutiger Sicht zwar rekonstruierbaren, aber bedauerlichen Entwicklung ist ein bunter Flickenteppich von Einzelregelungen im deutschen Beschlusswesen. Aufgrund der vergleichbaren Gesetzeslage in den genannten europäischen Mitgliedstaaten ist das Beschlusswesen ein Rechtsgebiet, das sich langfristig in Europa für eine nachhaltige Harmonisierung anbietet.[2]
2. Es erscheint nach dieser Untersuchung grundsätzlich erstrebenswert, den Beschluss, wo immer möglich, in die Rechtsgeschäftslehre des Allgemeinen Teils

[1] Dazu in § 6 I.

[2] Dazu in § 2 I.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

des Bürgerlichen Gesetzbuches zu integrieren. Eine „Parallel-Rechtsgeschäftslehre“ für Beschlüsse sollte vermieden werden. Ein für alle privatrechtlichen Kollektivorgane einheitliches Beschlussverständnis könnte den gegenwärtigen Flickenteppich harmonisieren. Die vorliegende Arbeit tritt daher wissenschaftlich für eine *allgemeine Beschlusslehre* ein. Auch beim Vertrag hat sich solch ein einheitliches Verständnis bis in die Gegenwart als vorteilhaft erwiesen. Diese Untersuchung soll insoweit einen Auftakt zu einer harmonisierenden Renaissance des deutschen Beschlusswesens darstellen. Es erscheint dabei empfehlenswert, im Schrifttum weiter um ein einheitliches Verständnis des *rechtsgeschäftlichen* Beschlusswesens zu ringen, bevor das *prozessrechtliche* Beschlussmängelrecht weiterentwickelt wird. Andernfalls fehlt es weiterhin an einem gesicherten rechtsgeschäftlichen Fundament.[3]

3. Alle Beschlüsse der privatrechtlichen Kollektivorgane sind Rechtsgeschäfte auf Grundlage der bürgerlich-rechtlichen Rechtsgeschäftslehre; das gilt auch für Verfahrensbeschlüsse.[4] Positive Beschlüsse setzen sich aus einer oder mehreren JA-Stimmen zusammen.[5] Diese Stimmen sind Willenserklärungen. Dabei erfüllen auch ablehnende Stimmen den objektiven und subjektiven Tatbestand einer Willenserklärung.[6] Wenngleich Vertrag und Beschluss beide Rechtsgeschäfte darstellen und die Willenserklärung deren Fundament ist, hat sich doch erwiesen, dass den *Willenserklärungen beim Vertrag ein höheres Gewicht* zukommt als beim Beschluss. Bei Letzterem liegt das Gewicht stattdessen mehr auf der Beschlussverkündung. Diese unterschiedliche Gewichtung ist darauf zurückzuführen, dass Verträge *individuelle* Rechtsbeziehungen ordnen, während Beschlüsse der *kollektiven* Willensbildung in einem Organ dienen. Diese Erkenntnis war auch für das Verständnis von Negativbeschlüssen wegweisend, da diesen teils *nicht eine* Negativstimme, sondern nur positive Willenserklärungen zugrunde liegen, gleichwohl aber ein Negativbeschluss zu verkünden ist.[7]

4. Beschlüsse entstehen am Ende einer Beschlussprozedur. Diese Beschlussprozedur ist *Legitimationsgrundlage* dieses Rechtsgeschäfts eigener Art. Die Organwalter stimmen mit JA oder NEIN zu einem zuvor zur Abstimmung gestellten Beschlussantrag. Dieser Beschlussantrag entspricht den *essentialia et accidentalia negotii* beim Vertragsschluss.[8] Da der jeweilige Beschlussantrag vor der Stimmabgabe formuliert wird und für den jeweiligen Sachverhalt aus allen denkbaren Optionen den Fokus auf einen konkreten Lösungsvorschlag legt, hat er eine kanalisierende Funktion. Da die Organwalter durch den Be-

[3] Dazu in § 1 und § 2 III.

[4] Dazu in § 3 III.

[5] Dazu in § 3 I.

[6] Dazu in § 3 II.

[7] Dazu in § 13 II. 1. und sogleich in § 17 II. Nr. 15.

[8] Dazu in § 3 I.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

schlussantrag gelenkt werden, hat die Formulierung des Beschlussantrags soziologisch in – insbesondere größeren – Kollektivorganen eine erhebliche Bedeutung. Fehlen die *essentialia negotii* im Beschlussantrag, kann kein Beschluss entstehen.

5. Da es eine dem § 195 GVG vergleichbare Vorschrift, wonach sich kein Richter der Abstimmung verweigern darf, im materiellen Recht nicht gibt, ist es den Organwaltern nicht verwehrt, sich bei der Abstimmung der Stimme zu enthalten. Stimmenthaltungen können aber gleichwohl rechnerisch Einfluss auf das Abstimmungsergebnis haben, da sich nach der Stimmenthaltung der Nenner verkleinert und damit weniger JA-Stimmen für einen Positivbeschluss benötigt werden. Ferner können sie je nach Kollektivorgan und Beschlussgegenstand ein pflichtwidriges Stimmverhalten darstellen.[9]

6. In den privatrechtlichen Kollektivorganen gestaltet sich die Beschlussprozedur im Einzelnen dergestalt, dass der Versammlungsleiter den Beschlussantrag zur Abstimmung stellt und die Stimmen der Organwalter im Regelfall nicht untereinander, sondern gleichgerichtet gegenüber dem Versammlungsleiter als dem einheitlichen Empfänger abgegeben werden.[10] Beide Merkmale – Beschlussantrag und Stimmabgaben – gehören auf Ebene des Tatbestands zum „Abschluss" des Rechtsgeschäfts.[11] Der Versammlungsleiter stellt das Abstimmungsergebnis fest und verkündet den Beschluss sodann.[12] Die Feststellung des Abstimmungsergebnisses und die Verkündung des Beschlusses sind für das „Zustandekommen" des Rechtsgeschäfts erforderliche Tatbestandsmerkmale. Diese Verkündung – häufig im Schrifttum auch Beschlussfeststellung genannt – erweist sich als der neuralgische Punkt in der Beschlussprozedur. In keinem anderen Rechtsgebiet wird dieses Tatbestandsmerkmal stärker infrage gestellt als im GmbH-Gesellschaftsrecht.[13] Im Sinne einer Vereinheitlichung des Beschlusswesens für alle privatrechtlichen Kollektivorgane bleibt zu hoffen, dass sich die Vertreter dieser Auffassung der – rechtsgebietsübergreifend betrachtet – mittlerweile wohl überwiegenden Meinung anschließen und anerkennen, dass erst die Beschlussverkündung den Beschluss als Rechtsgeschäft entstehen lässt.

7. Die Verkündung des Beschlusses fixiert den Inhalt des Rechtsgeschäfts entsprechend dem Beschlussantrag. Sie verklammert die einzelnen Willenserklärungen zu einem Rechtsgeschäft. Die Verkündung ist dabei weder Willenserklärung noch bloße Wissenserklärung. Sie ist vielmehr ein Vorgang, der – vergleichbar mit anderen Vorgängen auf Tatbestandsebene wie der Übergabe in § 929 Satz 1 BGB – gleichfalls zu dem Akt des Rechtsgeschäfts gehört, ohne

[9] Dazu in § 3 II. und § 16 II.

[10] Dazu in § 3 I.

[11] Dazu in § 4 III. und IV.

[12] Dazu in § 4 V. und VI.

[13] Dazu in § 4 VI. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Willenserklärung oder Realakt zu sein.[14] Solch finalisierende Tatbestandsmerkmale, sogenannte Endakte, sind der Rechtsgeschäftslehre nicht fremd. Die Beschlussprozedur ähnelt nämlich der Feststellung des Zustandekommens des gerichtlichen Vergleichs nach § 278 Abs. 6 Satz 2 ZPO und der Beurkundung vor dem Notar nach den §§ 8 ff. BeurkG. Beschluss, gerichtlicher Vergleich und notarielle Beurkundung sind mit Blick auf die vorausgehende Aussprache, die Richtung, in der die Willenserklärungen abgegeben werden, den Inhalt von Beschlussantrag und Vergleichstext bzw. Urkundentext und die Finalisierung durch einen Endakt vergleichbar.[15] Beschluss und notarielle Beurkundung stehen sich sogar näher als nicht-beurkundeter Vertrag und notarielle Beurkundung.

8. Der Versammlungsleiter hat sich innerhalb der Beschlussprozedur als Schlüsselfigur erwiesen. Seine Kompetenzen werden in den jeweiligen Kollektivorganen unterschiedlich interpretiert. Erneut erweist sich das GmbH-Gesellschaftsrecht als dasjenige Rechtsgebiet, das sich von der herrschenden Meinung in den anderen hier untersuchten Rechtsgebieten noch am weitesten entfernt befindet. Gewohnheitsrechtlich ist aber in vielen Rechtsgebieten anerkannt und daher auch im GmbH-Gesellschaftsrecht empfehlenswert, dass dem Versammlungsleiter die Kompetenz zur Beschlussverkündung *kraft seiner Funktion* zusteht. Das gilt auch, wenn sie ihm nicht ausdrücklich durch Gesetz, Satzung oder Zustimmung aller Organwalter übertragen wurde. Diese Funktion kann einem Organwalter oder einem Dritten durch Gesetz, Vertrag oder Verfahrensbeschluss mit einfacher Mehrheit übertragen werden.[16] Wichtige Beispiele für diese Funktion kraft Gesetzes sind der Verwalter in der Wohnungseigentümerversammlung, der Vorsitzende des Aufsichtsrats, der Leiter der Hauptversammlung, der Vorsitzende des Betriebsrats und der Richter bzw. Rechtspfleger der Gläubigerversammlung.[17] Soll die Versammlungsleitung und damit die Kompetenz zur Beschlussverkündung durch Verfahrensbeschluss eingeräumt werden, kann dieser Verfahrensbeschluss von allen anwesenden Organwaltern gemeinsam verkündet werden, auch konkludent.[18] Auch sonst kann das Abstimmungsergebnis vom Versammlungsleiter konkludent verkündet werden.[19] Diese Möglichkeit wirkt einer zu förmlichen oder zu strikten Beschlussprozedur entgegen und erlaubt in vielen eindeutig gelagerten Fällen einen zügigen Abschluss der Beschlussprozedur.

9. Fehlt die Verkündung des Beschlusses, kann der Beschluss nur mithilfe des Gerichts zustande kommen. Es hat sich jedoch als Mär erwiesen, dass für diese

[14] Dazu in § 4 VI. 3.
[15] Dazu in § 4 VI. 4. bis 6.
[16] Dazu in § 4 VII.
[17] Dazu in § 4 VII. 1. f).
[18] Dazu in § 4 VI. 8.
[19] Dazu in § 4 VI. 7.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Klage die positive Beschlussfeststellungsklage statthaft sein soll. Da durch das Gericht ein Rechtsgeschäft konstituiert werden soll, das bislang noch nicht in der Welt ist, wirkt das rechtskräftige Urteil gestaltend, sodass es sich hierbei zwangsläufig um eine Gestaltungsklage handeln muss.[20]

10. Wird bei der Beschlussprozedur auf einen Versammlungsleiter verzichtet, können die Organwalter das Abstimmungsergebnis selbst feststellen und verkünden. Gelingt dies nicht einstimmig, kann hierüber durch Verfahrensbeschluss mit einfacher Mehrheit entschieden werden.[21] Beschlüsse können im Übrigen in der Beschlussprozedur noch vor der Verkündung stecken bleiben, gleichwohl aber gelebt werden. Faktische Beschlüsse gibt es jedoch genauso wenig, wie es faktische Verträge gibt. Aus dem Vollziehen eines nicht entstandenen Rechtsgeschäfts wird insoweit kein wirksames Rechtsgeschäft.[22]

11. Der Streit, ob der Versammlungsleiter auch formell oder materiell rechtswidrige Beschlüsse zu verkünden hat, impliziert erhebliche praktische Auswirkungen, denn die Verkündung führt dazu, dass derjenige, der sich gegen den Beschluss wehren will, nun die Klagelast und das Prozesskostenrisiko zu tragen hat. Der Streit ist aber unter Rückbesinnung auf die Rechtsgeschäftslehre lösbar. Zentrale Aufgabe des Versammlungsleiters ist demzufolge, die Beschlussprozedur abzuschließen, um den Beschluss als Rechtsgeschäft zur Entstehung zu bringen. Hierzu ist er Wegbereiter. Mangels originärer Legalitätspflicht ist er jedoch nicht verlängerter Arm des Gerichts und hat daher nicht die formelle und materielle Beschlussüberprüfung durchzuführen, die dem Gericht zusteht.[23] Es ist deshalb nicht seine Aufgabe, den Beschluss vor der Verkündung im Hinblick auf formelle oder materielle Fehler zu untersuchen. Er hat lediglich auf erkannte Fehler hinzuweisen.

12. Aufgrund der dem Versammlungsleiter kraft seiner Funktion zugebilligten Rechtsmacht ist ein Gleichlauf zwischen Rechtsmacht und Haftung wünschenswert. Bei der Suche nach einschlägigen Anspruchsgrundlagen auf Schadensersatz haben sich die organschaftlichen Anspruchsgrundlagen als nicht anwendbar und schuldrechtliche Konstruktionen wie die Drittschadensliquidation und der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter als nicht notwendig erwiesen. Als überzeugend hat sich jedoch herausgestellt, dass der Versammlungsleiter mit Übernahme dieser Funktion ein Schuldverhältnis zu den Organwaltern begründet, weshalb die Organwalter vom Versammlungsleiter nach § 241 Abs. 1 BGB die Durchführung der Beschlussprozedur fordern und den Versammlungsleiter im Falle einer schuldhaft fehlerhaften Versammlungsleitung aus § 280 Abs. 1 BGB in Anspruch nehmen können.[24]

[20] Dazu in § 4 VI. 7.
[21] Dazu in § 4 VI. 8.
[22] Dazu in § 4 VI. 9.
[23] Dazu in § 4 VII. 2.
[24] Dazu in § 4 VII. 3.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

13. Die durch Beschluss getroffene Entscheidung der Organwalter wird dem Organ zugerechnet. Die Entscheidung des Organs wird sodann der Gemeinschaft bzw. dem Verband zugerechnet. Es sind folglich zwei Zurechnungsschritte hintereinander geschaltet. Dieser Mechanismus fußt auf der Erkenntnis, dass auf der einen Seite Gemeinschaft bzw. Verband selbst keinen natürlichen Willen bilden können, auf der anderen Seite Kollektivorgane selbst keine allgemeine Rechtsfähigkeit besitzen.[25] Dem Gesetzgeber ist es nur teilweise gelungen, den Mechanismus der doppelten Zurechnung zutreffend in Normen zu gießen. Während er beim Angriff auf den Beschluss mittels Anfechtungsklage im Aktienrecht zu Recht den Verband als Klagegegner vorschreibt (§ 246 Abs. 2 Satz 1 AktG) – denn hier endet die Zurechnungskette –, hat er bei der wohnungseigentumsrechtlichen Anfechtungsklage verfehlt die übrigen Wohnungseigentümer als Klagegegner vorgesehen (§ 46 Abs. 1 WEG 2007; anders und zutreffend § 44 Abs. 2 Satz 1 WEG-E 2020). Innerhalb der Zurechnungskette entspricht dies einer Rolle rückwärts.

14. Je nach Kollektivorgan und Beschlussgegenstand steht für die Organwalter mal mehr die Möglichkeit einer Einflussnahme durch Beschlussfassung im Vordergrund, mal mehr die Pflicht zu einer Mitwirkung. Innerhalb der privatrechtlichen Kollektivorgane bildet die Hauptversammlung der Aktiengesellschaft den erstgenannten Pol, der verpflichtende Aufsichtsrat und die Wohnungseigentümerversammlung den letztgenannten Pol. Das Pendel schlägt umso mehr in Richtung Möglichkeit einer Einflussnahme, je geringer die Einflussnahmemöglichkeit des einzelnen Organwalters auf die Gemeinschaft bzw. den Verband ist und andere Organe – wie der Vorstand der Aktiengesellschaft aufgrund gesetzlicher Leitungsmacht (§ 76 Abs. 1 AktG) – eine ausgeprägte Leitungsfunktion innehaben.[26]

15. Zum Schutz der Minderheit vor einer Majorisierung kann ein Kollektivorgan Entscheidungen durch Beschluss nur dann treffen, wenn das Kollektivorgan für den jeweiligen Beschlussgegenstand eine Beschlusskompetenz hat. Fehlt diese, stehen den Organwaltern des Kollektivorgans innerhalb der Rechtsgeschäftslehre zunächst nur Verträge zur Verfügung. Verträge und Beschlüsse sind grundverschiedene Rechtsgeschäfte, deren legitimierendes Fundament unterschiedlich stark sein kann. Während für Verträge von allen Vertragsparteien stets übereinstimmende Willenserklärungen erforderlich sind, genügt für Beschlüsse meist schon eine einfache Mehrheit, zumal häufig schon die Mehrheit der *abgegebenen* Stimmen reicht. Das legitimierende Fundament eines Mehrheitsbeschlusses kann also vergleichsweise schwach sein. Deshalb bildet die Frage nach der Beschlusskompetenz eine schützende Eingangskontrolle. In einigen Kollektivorganen ist die Beschlusskompetenz – ist einmal ein grundlegender Vertrag zustande gekommen wie etwa die Satzung einer GmbH – allerdings eine

[25] Dazu in § 5 I.

[26] Dazu in § 5 I. und II.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Selbstverständlichkeit. Dann verdrängt der Beschluss als rechtsgeschäftliches Instrument der Entscheidungsfindung im Kollektivorgan praktisch den Vertrag. In anderen Kollektivorganen, wie der Wohnungseigentümerversammlung, ist die Beschlusskompetenz konzeptionell eine Ausnahme.[27]

16. Der Grundsatz von *pacta sunt servanda* ist für das Vertragswesen überlebensnotwendig. Das Pendant beim Beschluss ist das Majoritätsprinzip. Es hat mehrere Jahrhunderte gedauert, bis es gewohnheitsrechtlich anerkannt wurde und war Schlüssel für den Durchbruch des Beschlusses als Rechtsgeschäft. Heute kann sich der Gesetzgeber darauf beschränken, die für alle Organwalter geltende Bindungswirkung von Beschlüssen punktuell in Erinnerung zu rufen (§ 10 Abs. 5 WEG 2007).[28]

17. Die Bindungswirkung wird teils durch den Widerruf der Stimmabgabe zu verhindern versucht. Mit Zugang der Stimme beim Versammlungsleiter ist ein solcher Widerruf jedoch nicht mehr möglich. Das Abstimmen für einen Beschlussantrag begründet im Übrigen einen Vertrauenstatbestand bei den übrigen Organwaltern, sodass eine später gleichwohl erhobene Klage gegen den bindenden Beschluss widersprüchlich sein kann. Ein Organwalter kann Mängel wie Einberufungsmängel, Fehler bei der Leitung der Versammlung oder Fehler bei vorausgegangenen Auskunftserteilungen nicht mehr mit der Anfechtungsklage geltend machen, wenn er dem Beschluss zugestimmt hat. Ferner ist von einem Verlust des prozessualen Anfechtungsrechts auszugehen, wenn der Organwalter dem Beschluss zugestimmt hat und er den Anfechtungsgrund schon bei der Stimmabgabe kannte oder hätte kennen müssen.[29]

II. Die Erkenntnisse des Besonderen Teils

1. Ob in Kollektivorganen Beschlüsse auch durch schlüssiges Verhalten (konkludent) zustande kommen können, hat sich als sehr strittig erwiesen. Selbst zwischen den Zivilsenaten des BGH ist diese Frage umstritten. Der Befund hat weiter ergeben, dass bei den jeweiligen Kollektivorganen vorrangig die Interessenlagen abgewogen werden, aber nicht gefragt wird, ob eine konkludente Beschlussfassung aus Sicht der Rechtsgeschäftslehre möglich ist.[30] Das ist jedoch der Fall und gilt grundsätzlich für alle Kollektivorgane und damit entgegen der herrschenden Meinung auch beim Aufsichtsrat. Der Schlüssel zu dieser noch wenig erschlossenen Problematik ist die Rechtsgeschäftslehre. Stimmabgaben sind als Willenserklärungen auslegungsfähig. Nach der Lehre vom objektiven Empfängerhorizont ist deshalb zu fragen, ob aus Sicht des Empfängers von einer

[27] Dazu in § 5 III.

[28] Dazu in § 6 I.

[29] Dazu in § 6 III.

[30] Dazu in § 7 I.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Stimmabgabe auszugehen war. Ist dies aus Sicht des Versammlungsleiters der Fall, kann ein wirksamer Beschluss entstehen. Daran ändert nichts, dass konkludent gefasste Beschlüsse gegebenenfalls prozessuale Nachweisschwierigkeiten mit sich bringen. Derartige Verquickungen von prozessualen Fragen der Nachweisbarkeit mit rechtsgeschäftlichen Tatbestandsvoraussetzungen zeigen sich in der Beschlussprozedur immer wieder. Es vermag dogmatisch aber nicht zu überzeugen, aufgrund etwaiger Nachweisschwierigkeiten die Grundsätze von der Lehre vom objektiven Empfängerhorizont in Frage zu stellen.[31]

2. So wichtig die Aussprache vor einer Beschlussfassung auch ist, um Argumente und Gegenargumente im Kollektivorgan abzuwägen und jeden Organwalter auf die Entscheidungsfindung vorzubereiten, so ist die Aussprache kein Tatbestandsmerkmal der Beschlussprozedur. Im Grundsatz können Beschlüsse auch außerhalb förmlicher Versammlungen zustande kommen, etwa im Umlaufverfahren.[32] Auch in schriftlichen Abstimmungsverfahren bzw. solchen in Textform oder in Umlaufverfahren kann jedoch auf das Tatbestandsmerkmal der Beschlussverkündung nicht verzichtet werden. Beschlüsse kommen im schriftlichen Abstimmungsverfahren bzw. im Umlaufverfahren daher nicht schon dann zustande, wenn der letzte Organwalter seine Stimme abgegeben hat bzw. diese dem Initiator zugegangen ist, sondern erst, wenn der Beschluss verkündet wurde.[33] Der juristische Schritt der Feststellung des Abstimmungsergebnisses, wie die Stimmen also abgegeben, ausgelegt und welche Stimmen zugelassen werden, ist genauso wenig verzichtbar wie der Endakt der Beschlussverkündung. Der im GmbH-Recht noch immer geführte Streit über die Beschlussverkündung als Tatbestandsmerkmal setzt sich hier wie ein roter Faden fort und zeigt einmal mehr, dass der dortige Sonderweg zu dogmatischen Friktionen führt.

3. Im Übrigen bedarf die Möglichkeit einer Beschlussfassung außerhalb einer Versammlung keiner gesetzlichen Zulassung. Beschränkungen können sich aber aus dem Verfahrensrecht ergeben. So konnte für die Gläubigerversammlung gezeigt werden, dass auch in diesem Kollektivorgan schriftliche Stimmabgaben außerhalb der Versammlung möglich sind, allerdings nur in Insolvenzplanverfahren (§ 242 InsO). Da dieses privatrechtliche Kollektivorgan in ein öffentlichrechtliches Verfahrensgesetz eingekleidet ist, erscheint die Zurückhaltung im Schrifttum berechtigt, wonach § 242 InsO nicht auf allgemeine Gläubigerversammlungen analog angewandt werden kann.[34]

4. Die Rechtsgeschäftslehre des BGB regelt eine Vielzahl von Willensmängeln. Solche Willensmängel können auch in der Beschlussprozedur auftreten. Dabei ist

[31] Dazu in § 7 II.
[32] Dazu in § 8 I.
[33] Dazu in § 8 II.
[34] Dazu in § 8 III.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

stets zwischen der Stimmabgabe und dem Beschluss zu trennen. Der geheime Vorbehalt nach § 116 BGB fügt sich problemlos in das Beschlusswesen ein, das Scheingeschäft nach § 117 BGB ist jedenfalls im Verhältnis des Organwalters zum Versammlungsleiter anwendbar. In diesem Verhältnis ist auch der Fall der nicht ernstlich gemeinten Willenserklärung nach § 118 BGB denkbar. Willensmängel wegen Irrtums und Täuschung oder Drohung (§§ 119, 120, 123 BGB) können auch bei einer Stimmabgabe auftreten. Als aufwendig hat sich allerdings die Untersuchung erwiesen, wer *im Verbandsrecht* bei der Beschlussfassung Dritter im Sinne von § 123 Abs. 2 Satz 1 BGB sein kann. Am stimmigsten hat sich gezeigt, dass die Täuschung von einem anderen Verbandsorgan dem Erklärungsempfänger der Stimmabgaben zugerechnet wird und das andere Verbandsorgan damit *nicht* als Dritter im Sinne von § 123 Abs. 2 Satz 1 BGB angesehen wird.[35] Daher können Organwalter, wie etwa die Mitglieder des Aufsichtsrats, ihre Stimmabgaben nach §§ 143, 123 Abs. 1 BGB anfechten, wenn sie von einem anderen Verbandsorgan, etwa dem Vorstand, getäuscht wurden. Entgegen einem Vorschlag im Schrifttum können im Übrigen bloße Stimmenthaltungen nicht nach § 143 BGB angefochten werden.[36]

5. Die Rechtsfolgenvorschrift des § 142 Abs. 1 BGB kann auf die Willensmängel beim Beschluss nicht ohne Weiteres angewandt werden. Hier war eine andere Lesart zu entwickeln, wonach nicht der Beschluss als Rechtsgeschäft, sondern nur die Stimmabgabe als von Anfang an nichtig anzusehen ist.[37] Gemeinhin bekannt war zwar ferner schon, dass zwischen den bürgerlich-rechtlichen Fristen, innerhalb derer ein Willensmangel bei der Beschlussprozedur geltend gemacht werden kann, und etwaigen prozessrechtlichen Fristen zu trennen ist. Als gewinnbringend hat sich jedoch der Befund erwiesen, dass es Fälle gibt, in denen *beide* Anfechtungsfristen gewahrt werden müssen, wenn der Beschluss insgesamt beseitigt werden soll. Denn eine bürgerlich-rechtliche Anfechtung kann eine prozessual eingetretene Bestandskraft nicht mehr aushebeln.[38]

6. Das beschlussrechtliche Vakuum im BGB hat dazu geführt, dass sich über Jahre der Mythos festigen konnte, Beschlüsse könnten schwebend unwirksam sein. Dieser Mythos hält sich in zahlreichen Rechtsgebieten sowohl in der Rechtsprechung als auch im Schrifttum, ohne dass je der Nachweis erbracht wurde, dass diese Fallgruppe rechtsgeschäftlich möglich ist.[39] Eine solche Fallgruppe gibt es tatsächlich aber nicht. Es handelt sich lediglich um einen Mythos. Schwebend unwirksame Rechtsgeschäfte sind eine eng auszulegende gesetzliche Ausnahme. Für schwebend unwirksame *Beschlüsse* fehlt jede Rechtsgrundlage. In der

[35] Dazu in § 9.
[36] Dazu in § 9 I.
[37] Dazu in § 9 II.
[38] Dazu in § 9 III.
[39] Dazu in § 10 I.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Rechtspraxis wären schwebend unwirksame Beschlüsse regelmäßig auch nicht erwünscht, da – anders als beim Vertrag – typischerweise nicht nur eine weitere Person, sondern Dutzende, Hunderte oder gar Tausende Organwalter betroffen wären.[40] Die üblicherweise zu schützenden Interessen, wie der Minderjährigenschutz, rechtfertigen hier keine Analogien, insbesondere nicht zu § 108 BGB. Minderjährige sind bei der Beschlussfassung – anders als beim Vertragsschluss – damit tendenziell weniger geschützt. Allerdings unterliegt der Erwerb einer Position innerhalb eines Kollektivorgans häufig einem familienrechtlichen Genehmigungsvorbehalt.[41]

7. Sollen Schwebezustände hergestellt werden, sieht die Rechtsgeschäftslehre hierfür Bedingungen und Zeitbestimmungen vor. Es konnte gezeigt werden, dass Schwebelagen beim Beschluss rechtstechnisch überzeugender durch eine aufschiebende Bedingung nach § 158 Abs. 1 BGB geschaffen werden können. Der besondere Charme dieser Konstruktion liegt auf der Rechtsfolgenebene des § 158 Abs. 1 BGB. Der Beschluss als Rechtsgeschäft ist danach zwar *entstanden*, entfaltet jedoch bis zum Bedingungseintritt noch keine *Rechtswirkung*.[42] Damit ist diese Lösung einer Analogie zu §§ 108, 177, 415 BGB überlegen, denn diese gelangt nur zu einem schwebend *unwirksamen* Rechtsgeschäft. Im Innenverhältnis sind die Organwalter an das entstandene Rechtsgeschäft schon gebunden.

8. Für die Rechtspraxis von besonderer Bedeutung ist die Frage, ob und inwiefern Stellvertreter und Boten im Rahmen der Beschlussprozedur eingesetzt werden können. Die Antwort auf diese Frage hat weitreichende Folgen, da es Kollektivorgane gibt, bei denen nicht nur die Möglichkeit, sondern auch die Pflicht zur Mitwirkung an der Willensbildung durch Stimmabgabe besteht. Ferner kann das Haftungsrisiko in Kollektivorganen dadurch abgemildert werden, dass das Stimmrecht durch andere Personen ausgeübt wird. Die Untersuchung hat ergeben, dass Organwalter durch Stellvertreter oder Boten repräsentiert werden können und damit – sofern erforderlich – die Beschlussfähigkeit des jeweiligen Kollektivorgans sichergestellt werden kann.[43]

9. Im Grundsatz hat sich gezeigt, dass die §§ 164 ff. BGB auch auf die Stimmabgabe in der Beschlussprozedur anwendbar sind. Allerdings haben sich zahlreiche Komplikationen herausgestellt. Noch ohne viel Aufwand ließ sich begründen, dass Stimmabgaben von Stellvertretern, die ihre Bevollmächtigung nicht nachweisen können, vom Versammlungsleiter analog § 174 Satz 1 BGB zurückgewiesen werden können.[44] Sehr viel aufwendiger war jedoch die Begründung, dass

[40] Dazu in § 10 II. 1. und 2.
[41] Dazu in § 10 II. 3.
[42] Dazu in § 10 II. 5.
[43] Dazu in § 11 I.
[44] Dazu in § 11 II. 2. a).

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

– entgegen einer etablierten Praxis bei den Notaren – Organwalter *keine vollmachtlosen Vertreter* einsetzen können. Die entscheidende Begründung ließ sich aus § 180 Satz 1 BGB ableiten, wonach bei einem einseitigen Rechtsgeschäft eine offene Vertretung ohne Vertretungsmacht unzulässig ist und dessen Regelung analog auf die Stimmabgabe anwendbar ist. Entgegen einer weit verbreiteten Ansicht ließ sich allerdings keine Analogie zu § 180 Satz 2 BGB begründen, sodass der Versammlungsleiter den Einsatz vollmachtloser Vertreter nicht genehmigen kann. Hier schloss sich der Kreis zu der vorherigen Erkenntnis, dass es schwebend unwirksame Beschlüsse nicht gibt, was aber gerade Rechtsfolge des § 180 Satz 2 BGB wäre.[45]

10. Da es schwebend unwirksame Beschlüsse nicht gibt, werden Organwalter, deren Vertreter ihre Vertretungsmacht überschreiten, nicht durch § 177 Abs. 1 BGB geschützt. Die Organwalter werden vielmehr an den Beschluss gebunden, was zwar nicht aus § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB folgt, dafür aber aus der allgemeinen Bindungswirkung eines verkündeten Beschlusses. Konsequenterweise findet auch die Anspruchsgrundlage aus § 179 BGB keine Anwendung, deren Rechtsfolge in Abs. 1 (Erfüllung) ohnehin nicht in Betracht kommt. Da damit dem *falsus procurator* die Haftungsprivilegierung aus § 179 Abs. 2 BGB nicht zur Verfügung steht, ist die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht beim Beschluss tendenziell strenger als beim Vertrag.[46]

11. Im Grundsatz können im Rahmen der Beschlussprozedur auch Stimmboten eingesetzt werden. Der Einsatz von Boten wurde vom Gesetzgeber zwar nur rudimentär geregelt (etwa in § 108 Abs. 3 Satz 3 AktG), ist rechtstechnisch aber bei allen privatrechtlichen Kollektivorganen möglich. Fraglich ist für den jeweiligen Organwalter vorrangig, ob er das Risiko eingehen will, in der Versammlung nicht mehr reagieren zu können.[47]

12. Beschlüsse, wie etwa Bestell- und Abberufungsbeschlüsse, können Bezüge zu anderen Personen aufweisen. Gleichwohl verändert sich die Beschlussprozedur nicht, sodass der Beschluss, entgegen einer weitverbreiteten Ansicht in Rechtsprechung und Lehre, nicht erst dann entsteht, wenn er der betroffenen Person zugegangen und diese dem Beschluss zugestimmt hat, sondern schon mit seiner Verkündung durch den Versammlungsleiter.[48] Organwalter verfügen für Beschlüsse, die – wie Bestellungsbeschlüsse – Pflichten auferlegen, jedoch nur insoweit über eine *Beschlusskompetenz*, als sie die Beschlussfassung unter einer aufschiebenden Bedingung i. S. v. § 158 Abs. 1 BGB vornehmen (eingeschränkte Beschlusskompetenz). Die aufschiebende Bedingung stellt dann die

[45] Dazu in § 11 II. 2. b).

[46] Dazu in § 11 II. 2. c).

[47] Dazu in § 11 III.

[48] Dazu in § 12 III. 1.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Zustimmung des Dritten zu diesen Pflichten dar. Diese aufschiebende Bedingung kann auch konkludent aufgenommen werden, was bei Bestellungsbeschlüssen regelmäßig anzunehmen ist. Negativ formuliert fehlt den Organwaltern die Beschlusskompetenz, einen Beschluss, der einer Person Pflichten auferlegt, *unbedingt* zu fassen. Ein gleichwohl so gefasster Beschluss ist fehlerhaft; sein Schicksal bestimmt sich nach der für das jeweilige Rechtsgebiet einschlägigen Beschlussfehlerlehre. Mit diesem Zusammenspiel aus Beschlusskompetenz und Bedingungslehre kann die Dogmatik der Beschlüsse erklärt werden, die Personen Pflichten auferlegen. Abberufungsbeschlüsse hingegen entfalten ihre Rechtswirkung wie gewöhnlich *mit der Verkündung* des Beschlusses und nicht erst mit dem Zugang beim betroffenen Organwalter oder gar seiner Zustimmung.[49]

13. Beschlüsse enthalten grundsätzlich nicht zugleich und automatisch eine Willenserklärung auf Abschluss von Rechtsgeschäften der Gemeinschaft bzw. des Verbands im Außenverhältnis. Beschlüsse sind damit *keine hybriden Rechtsgeschäfte.*[50] Die insbesondere im Wohnungseigentumsrecht vertretene These vom Beschluss als hybrides Rechtsgeschäft ist daher abzulehnen. Innere Willensbildung (Beschluss) und äußere Willensumsetzung (Vertrag) sind strikt zu trennen. Dem BGB ist es fremd, dass ein und derselbe Rechtsakt zugleich Rechtsgeschäft und darüber hinausgehend Willenserklärung ist.

14. Verträge und Beschlüsse zulasten Dritter gibt es im Grundsatz nicht. § 87 Abs. 2 AktG, mit dem durch Aufsichtsratsbeschluss unmittelbar in einen rechtswirksamen Vorstandsanstellungsvertrag eingegriffen werden kann („Hochpräzisionswaffe des Aufsichtsrats"), stellt eine nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahme dar.[51] Der mit dieser Vorschrift ermöglichte Eingriff in einen Vertrag durch Beschluss stellt einen Fremdkörper im deutschen Zivilrecht dar und hat allenfalls eine gewisse Ähnlichkeit mit § 315 BGB, wonach einer Partei – hier der Aktiengesellschaft, vertreten durch den Aufsichtsrat (§ 112 AktG) – durch Beschluss ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht für den Vertrag zwischen der Aktiengesellschaft und dem Vorstandsmitglied zugebilligt wird.

15. In fünf Fallkonstellationen können Negativbeschlüsse gefasst werden. Diese weisen eine Vielzahl von Besonderheiten auf. Neben den Besonderheiten beim Beschlussantrag war zu beleuchten, dass ein Negativbeschluss den angekündigten Beschlussgegenstand in der aktuellen Versammlung verbraucht. Ferner war die häufig anzutreffende Aussage, wonach Negativbeschlüsse überhaupt keine Regelungswirkung haben, zu relativieren.[52]

[49] Dazu in § 12 III. 3.

[50] Dazu in § 12 IV. 1.

[51] Dazu in § 12 IV. 2.

[52] Dazu in § 13 I.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

16. Als Paradoxon hat sich sodann ein Negativbeschluss erwiesen, der nicht einmal von *einer* Negativstimme getragen wird. Hier hat sich gezeigt, dass die rechtsgeschäftliche Grundlage für den Negativbeschluss sehr heterogen sein kann, aber nicht zwingend eine Negativstimme zugrunde liegen muss, die den so verkündeten Negativbeschluss gewollt hat („Negativbeschluss ohne Negativstimme"). Als ähnlich paradox hat sich der Fall herausgestellt, bei dem zu einem Beschlussantrag überhaupt keine Stimme abgegeben wurde. Was so aussieht wie ein Negativbeschluss, ist bei Lichte betrachtet ein *rechtliches Nullum.* Selbst die Beschlussverkündung kann die fehlende Stimmabgabe nicht überbrücken, da dem Beschluss sein tatbestandliches Fundament fehlt, wenn nicht einmal *eine* Willenserklärung abgegeben wurde. Zu dieser Erkenntnis gelangte man durch die rechtsgeschäftlichen Grundsätze vom Schweigen als rechtliches Nullum.[53]

17. Bei der Untersuchung der Vetorechte in der Beschlussprozedur hat sich ein geteiltes Bild ergeben. Während Vetorechte in der Rechtspraxis in vielen Kollektivorganen zum Einsatz kommen, steckt deren dogmatische Aufarbeitung noch in den Kinderschuhen. Als überzeugendste Dogmatik hat sich erwiesen, das Vetorecht als *Sonderrecht des Stimmrechts* anzusehen. Vetorechte müssen auf einem einstimmig (Intraorganeinräumung) oder mit Mehrheit (Interorganeinräumung) gefassten Rechtsgeschäft, wie etwa einer Satzungsregelung oder einem Mehrheitsbeschluss, basieren.[54] Sie führen dazu, dass die Beschlusskompetenz grundsätzlich eingeschränkt ist. Die Organwalter können die Beschlussfassung also grundsätzlich nur auflösend bedingt vornehmen (§ 158 Abs. 2 BGB). Für eine unbedingte Beschlussfassung fehlt ihnen die Beschlusskompetenz. Werden Vetorechte ausgeübt, setzen sie nicht auf Ebene der Willenserklärung, sondern auf Ebene des Rechtsgeschäfts an. Mit Ausübung des Vetorechts tritt die auflösende Bedingung ein und der Beschluss entfaltet fortan keine Rechtswirkung mehr.[55]

18. Vetorechte können sowohl vor als auch nach der Beschlussverkündung ausgeübt werden. Wird ein Vetorecht vor der Beschlussverkündung ausgeübt, bleiben die abgegebenen Stimmen zwar wirksam, der Versammlungsleiter muss aber einen Negativbeschluss verkünden. Wird das Vetorecht nach der Beschlussverkündung geltend gemacht, findet § 158 Abs. 2 BGB Anwendung, sodass der Beschluss seine Rechtswirkung verliert. Starre Fristen für die Ausübung des Vetorechts ergeben sich zwar nicht aus dem dispositiven Recht, die Verzögerung der Ausübung kann aber treuwidrig sein.[56]

[53] Dazu in § 13 II.

[54] Dazu in § 14 I.

[55] Dazu in § 14 II.

[56] Dazu in § 14 III.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

19. Unterliegt ein Organwalter, dem ein Vetorecht zusteht, einem Stimmverbot, färbt das Stimmverbot auf sein Vetorecht ab („Abfärbewirkung"), da das Vetorecht als Sonderrecht nicht länger bestehen kann, wenn schon das Stimmrecht als Basisrecht nicht besteht.[57] Im Grundsatz ist denkbar, dass Stimmrechtsbindungen auch das Vetorecht umfassen.[58] Im Übrigen hat sich gezeigt, dass Vetorechte zwar als exponierte Rechte dem jeweiligen Organwalter eine herausgehobene Stellung verleihen, die Ausübung aber im Einzelfall treuwidrig sein kann und ein treuwidrig ausgeübtes Vetorecht Grundlage für eine persönliche Haftung des Organwalters bilden kann.[59]

20. Obwohl geheime Willenserklärungen beim Vertragsschluss abwegig sind, Gleiches beim Beschluss naheliegt und der Gesetzgeber in keinem privatrechtlichen Kollektivorgan geheime Stimmabgaben zugelassen hat, hat sich für mehrere Kollektivorgane die Auffassung verfestigt, dass geheime Stimmabgaben zulässig sein sollen.[60] Die Analyse der Argumentationslinien für die jeweiligen Kollektivorgane hat ergeben, dass vorrangig eine Interessenabwägung zwischen denjenigen Organwaltern vorgenommen wird, die ein Interesse an einer geheimen Stimmabgabe haben – allen voran, um frei von jedem Druck abstimmen zu können – und denjenigen Organwaltern, die im Falle von fehlerhaften Abstimmungen Schadensersatzansprüche gegen bestimmte Organwalter geltend machen wollen. Eine solche Inanspruchnahme setzt voraus, dass geschädigte Organwalter wissen, welcher Organwalter wie abgestimmt hat. Bislang wurde jedoch nicht gefragt, ob geheime Stimmabgaben aus Sicht der Rechtsgeschäftslehre des BGB überhaupt möglich sind. Dies ist nicht der Fall. Geheime Willenserklärungen sind dem Bürgerlichen Recht fremd und erweisen sich gar als Fremdkörper in der Rechtsgeschäftslehre und im zivilrechtlichen Anspruchssystem.[61]

21. Der gordische Knoten lässt sich aber dadurch lösen, dass die Organwalter zwar nicht geheim, allerdings für die übrigen Organwalter *verdeckt* abstimmen.[62] Verdeckte Abstimmungen stellen aus Sicht der Rechtsgeschäftslehre offene und damit gewöhnliche Willenserklärungen dar, die eine spätere Zuordnung des Stimmverhaltens erlauben und damit dem Anspruchsdenken des BGB gerecht werden. Sie mildern zugleich einen etwaigen Druck bei der Abstimmung und nehmen damit Rücksicht auf diejenigen Organwalter, die leichter beeinflussbar sind. Versammlungsleiter, die sich gleichwohl für eine geheime Stimmabgabe

[57] Dazu in § 14 IV.
[58] Dazu in § 14 V.
[59] Dazu in § 14 VI.
[60] Dazu in § 15 I.
[61] Dazu in § 15 II.
[62] Dazu in § 15 III.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

entscheiden, handeln im Grundsatz pflichtwidrig und können ggf. aus § 280 Abs. 1 BGB in Anspruch genommen werden.[63]

22. Die drei Thesen, dass – obwohl es für alle privatrechtlichen Kollektivorgane kein einheitliches Beschlussmängelrecht gibt – (i) zumindest eine Kategorisierung von Beschlussfehlern möglich ist, (ii) trotz aller Unterschiede in den Rechtsgebieten bestimmte Fehler in jeder Beschlussprozedur eines privatrechtlichen Kollektivorgans auftreten können und (iii) die Rechtsgeschäftslehre den Grundstock für das jeweilige Beschlussmängelrecht bildet, haben sich als wahr erwiesen. Beschlüsse können in jedem Kollektivorgan formell oder materiell (inhaltlich) fehlerhaft sein. In jeder Beschlussprozedur können Fehler beim Beschlussantrag und Willensmängel bei der Stimmabgabe auftreten (§§ 116 ff. BGB). Grundstock für das jeweilige Beschlussmängelrecht bildet die Rechtsgeschäftslehre des BGB mit drei grundsätzlichen Fehlerquellen. Das sind formwidrige Beschlüsse (§ 125 BGB), Beschlüsse, die gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen (§ 134 BGB), und solche, die sittenwidrig sind (§§ 138, 242 BGB). Dieser Grundstock wird sodann im speziellen Beschlussmängelrecht um Sondervorschriften angereichert, wie das etwa mit § 242 Abs. 1 AktG zur Heilung eines Formfehlers der Fall ist.[64]

23. Die persönliche Haftung der Organwalter hat in der jüngeren Spruchpraxis des *V. Senats* des BGH einen erheblichen Entwicklungsschub erfahren. In allen privatrechtlichen Kollektivorganen ist Anknüpfungspunkt für Schadensersatzansprüche das persönliche Stimmverhalten, da schon die Stimmabgabe auf eine Rechtsfolge gerichtet ist und damit einen Baustein für den späteren Beschluss darstellt. In allen Kollektivorganen wird die Mitwirkungspflicht durch das Abstimmen erfüllt, weshalb ein fehlerhaftes Stimmverhalten eine „vergeistigte Pflichtverletzung" darstellt. Diese Pflichtverletzung darf nicht bagatellisiert werden. Sie bietet eine hinreichende Grundlage für Schadensersatzansprüche gegen den einzelnen Organwalter.[65]

24. Am Beispiel der persönlichen Haftung der Wohnungseigentümer für ihr Stimmverhalten konnte erarbeitet werden, dass schon die Bestimmung der richtigen Anspruchsgrundlage Raum für Diskussionen lässt und dass zahlreiche Tatbestandsmerkmale erfüllt sein müssen, damit ein Geschädigter tatsächlich Organwalter in Anspruch nehmen kann. Dreh- und Angelpunkt war hierbei die Frage, ob das Abstimmen im Kollektivorgan der Wohnungseigentümerversammlung eine bloße Nebenpflicht oder – wie das der *V. Senat* des BGH zweimal angenommen hatte, dann aber jüngst verneinte – eine Hauptpflicht darstellt. Eng am Wortlaut und nach Sinn und Zweck am überzeugendsten ist das

[63] Dazu in § 15 IV.

[64] Dazu in § 16 I.

[65] Dazu in § 16 II.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Verständnis, dass die vornehmste Pflicht eines Wohnungseigentümers bei der Beschlussfassung die Abgabe seiner Stimme ist (§ 21 Abs. 3 WEG 2007/§ 19 Abs. 1 WEG-E 2020), was ihm kraft Gesetzes obliegt (§ 20 Abs. 1 WEG 2007/ § 19 Abs. 1 WEG-E 2020), denn mit dieser Stimmabgabe wirkt er an der Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums mit, was jeder andere Wohnungseigentümer so auch verlangen kann (§ 21 Abs. 4 WEG 2007/§ 18 Abs. 2 Nr. 1 WEG-E 2020). Richtige Schadensersatzanspruchsgrundlage gegen Organwalter sind daher die §§ 280 Abs. 1 und 2, 286 BGB.

25. Für diesen Verzögerungsschadensersatzanspruch bedarf es meist keiner Mahnung im Sinne von § 286 Abs. 1 BGB, da mit dem Tag der Wohnungseigentümerversammlung die Leistungszeit nach dem Kalender bestimmt ist und daher der Tag für den Wohnungseigentümer mahnt (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Gerade die Fälle der Pflicht-Instandsetzung rechtfertigen ferner mit Ablauf der Wohnungseigentümerversammlung den sofortigen Eintritt des Schuldnerverzugs (§ 286 Abs. 2 Nr. 4 BGB). Ob das Nichterscheinen, die Nichtabgabe der Stimme oder die Gegenstimme zu einer Schadensersatzpflicht führt, konnte schließlich auf vertraute Fallgruppen der haftungsausfüllenden Kausalität zurückgeführt werden. Das galt insbesondere für den praktisch wichtigen Fall, dass mehrere Wohnungseigentümer ihre Mitwirkungspflicht verletzten (kumulative und alternative Kausalität). Dann ist das pflichtwidrige Stimmverhalten im Regelfall wechselseitig zuzurechnen. Was anfänglich noch fernliegend klang, hat sich doch bewährt: Der Verzögerungsschadensersatz aus dem allgemeinen Schadensrecht des BGB führt auch bei den pathologischen Fällen des Beschlusses aufgrund pflichtigen Stimmverhaltens zu stimmigen Ergebnissen.

26. Am Beispiel der persönlichen Haftung der Mitglieder des Gläubigerausschusses konnte gezeigt werden, dass trotz besonderer gesetzlicher Anspruchsgrundlage auf Schadensersatz (§ 71 InsO) der Prüfungsaufbau für den Schadensersatz wegen pflichtwidrigen Stimmverhaltens in beiden Organen vergleichbar ist und eine hohe Übereinstimmung bei der Frage besteht, wann ein *Stimmverhalten* im Kollektivorgan pflichtwidrig ist. Ferner ließen sich Parallelen bei der Kausalitätsprüfung aufzeigen. Auch beim Gläubigerausschuss gilt daher, dass nicht jedes pflichtwidrige Stimmverhalten zu einem kausalen Schaden führt.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

§ 18 Results of the Study

This chapter presents the results of the study and makes major lines visible that have turned out to be systemic points of the German resolution framework („Beschlusswesen“).

I. Key Outcomes of the General Part

1. Notwithstanding a great need for resolutions as legal instruments of collective bodies in making decisions, a *general* codified resolution framework exists neither in Germany nor in other examined jurisdictions – France, Poland, Austria, Switzerland, and the Netherlands. The respective legislators have only standardised individual, albeit important, aspects of the resolution procedure. This gap in the German resolution framework is due to the fact that the Pre-Commission and the two Commissions for the preliminary work on the German Civil Code mainly focussed on legal systems that also did not have a general codified resolution framework, especially the French Civil Code and Roman private law. One of the main reasons to pay more attention to a resolution framework was, just as in Poland, the need for increasingly enlarged and heterogeneous companies as a result of the breakthrough of the free market economy. Another reason was the increased acceptance of the majority principle in voting. The result of this unfortunate development is a patchwork consisting of a high number of individual rules in the German resolution framework. Due to the similar legal situation in the aforementioned European jurisdictions, the resolution framework is suitable for a sustainable harmonisation within Europe.

2. According to this study, it seems desirable to integrate resolutions, wherever possible, into the legal doctrine of the General Part („Rechtsgeschäftslehre“) of the German Civil Code on legal transactions. A uniform understanding of resolutions for all collective bodies under private law could fill the gap in the resolution framework. This study therefore academically promotes a general resolution doctrine. To date, such a uniform understanding has proved to be beneficial in the field of contracts. In this respect, this study is intended as the start of a harmonising renaissance of the German decision-making system of resolutions. To initiate the renewal of the German resolution framework, legal literature should agree on a uniform understanding of resolutions *as legal transactions*, before developing a doctrine on how to deal with resolution errors in *procedural law*. Otherwise, there will still be no solid legal basis.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

3. All resolutions of collective bodies under German private law are legal transactions according to the legal doctrine of civil law. This also applies to resolutions on rules of procedure („Verfahrensbeschlüsse"). Positive resolutions consist of one or more votes. These votes are declarations of intent. In this context, negative votes also fulfil the requirements of a declaration of intent. Although contracts and resolutions are all legal transactions, and are based upon declarations of intent, it has been shown that declarations of intent carry more importance in contracts than in resolutions. In the latter case, the emphasis is instead more on the announcement of the resolution („Beschlussverkündung"). This different importance is because contracts regulate individual legal relationships, whereas resolutions serve the purpose of collective decision-making within an organ. This finding was also groundbreaking for the understanding of negative resolutions („Negativbeschlüsse"), since in some cases they are not based on *at least one* negative vote but only on yes-votes, although a negative resolution must nevertheless be announced.

4. Resolutions are adopted at the end of a resolution procedure. This decision-making procedure is the *basis of the legitimation* of this special type of legal transaction. Members („Organwalter") agree or disagree with a resolution proposal. This proposal corresponds to the *essentialia et accidentalia negotii* in the conclusion of contracts. The respective resolution proposal has a *channeling function*, since it is formulated prior to the vote and focuses on a concrete solution out of all possible solutions available. The wording of the resolution proposal is of considerable importance in (especially larger) collective bodies, as it directs the members. If the resolution proposal does not contain the *essentialia negotii*, the resolution is unlawful.

5. Members of a collective body may abstain from voting since there is no provision in substantive law comparable to Section 195 German Courts Constitution Act, which stipulates that no judge may refuse to vote. However, non-voting can have a mathematical influence on the voting results, because the number of required yes-votes for a positive resolution decreases. Furthermore, non-voting may be a breach of duty.

6. The resolution procedure in collective bodies under private law is as follows: the votes of the members are not cast among themselves but in parallel via a single recipient, the chairperson of the meeting. The chairperson evaluates the votes, determines the result and then announces the resolution. Both elements – the proposal for a resolution and the votes – are mandatory for the conclusion of the legal transaction. The determination of the result of the vote and the announcement of the resolution are mandatory elements. No resolution may be constituted without them. This announcement of the resolution („Beschlussverkündung") – partly also referred to as the adoption of the resolution – proves to be the systemic point in the resolution procedure. In no other field of law is this constitutive

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

requirement more persistently called into question than in LLC law („GmbH-Recht"). To achieve a standardisation of the resolution framework for all collective bodies under private law, it is to be hoped that the representatives of this contrary view will agree with the prevailing opinion (overall view of all examined areas of law), namely that only the announcement of the resolution finally constitutes the legal transaction.

7. The announcement of the resolution determines the content of the legal transaction according to the resolution proposal. In other words, the announcement brackets together the individual declarations of intent. The announcement of resolutions is neither a declaration of intent nor a declaration of knowledge, but a finalising element of the legal transaction. Based on two parallel provisions, it could be proven that a constitutive final element is known in the legal doctrine. The announcement of the resolution is similar to a court's settlement in the sense of Section 278(6) sentence 2 German Code of Civil Procedure and the notarial recording in the sense of Sections 8 et seq. German Notarisation Act. The announcement of the resolutions, court's settlements, and notarial recordings are comparable with regard to the preceding discussion, the direction in which the declarations of intent are made, the content of the proposed resolution and the text of the settlement as well as the finalising by a final element. Resolutions and notarial recordings resemble each other more than non-certified contracts and notarial recordings.

8. The chairperson of the meeting has proved to be the pivotal player in the resolution procedure. Their competences are interpreted differently in the respective collective bodies. Once again, LLC law proves to be the field of law that differs the most from the prevailing opinion in the other fields of law examined here. However, based on customary law, it has long been recognised that the legal power to announce resolutions lies with the chairperson of the meeting by virtue of his function, even if it is not expressly delegated to him in the articles of association or by consent of all members. This function can be delegated to a member of the collective body or a third party, either by law, contract, or resolutions on rules of procedure adopted with a simple majority. The chairperson of the meeting may also *implicitly* announce the result of the vote. The possibility of an implicit announcement makes it possible to conclude the resolution procedure quickly in many clear ballots.

9. If the resolution is not announced, only a court's judgment can substitute the announcement. It has, however, turned out to be incorrect that a declaratory action („positive Beschlussfeststellungsklage") should be admissible for this lawsuit. Since the plaintiff wants the court to constitute a legal transaction that has not yet been in the world, the final judgment has a constitutive effect, hence it must necessarily be a constitutive action („Gestaltungsklage").

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

10. If there is no chairperson in the meeting, the members can determine and announce the result of the resolution themselves. If this does not succeed unanimously, the members can decide on the announcement via a resolution *on rules of procedure*, which requires a simple majority. It is possible that although the resolution procedure stagnates before the announcement, the members nevertheless execute the „resolution". However, there are no factual resolutions („faktische Beschlüsse") just as there are no factual contracts. In this respect, the execution and implementation of a legal nullity do not make for a valid legal transaction.

11. The dispute as to whether the chairperson of the meeting must also announce resolutions that are unlawful either in form or substance gives rise to substantial effects in practice. From the moment of the announcement, it is up to the member who wants to challenge the resolution to bring an action to court and to carry the risk of legal costs. However, this dispute can be resolved by returning to the doctrine of legal transactions. The main task of the chairperson of the meeting is to conclude the resolution procedure in order to constitute the resolution as a legal transaction. In this respect, he or she is an assistant to the members. In the absence of a duty of legality („Legalitätspflicht"), however, the chairperson of the meeting is no assistant to the court, so that they are not obliged to examine the resolution for errors in form or substance before the announcement. They should only point out detected errors.

12. Due to the legal power granted to the chairperson of the meeting by virtue of his function, both legal power and liability should be synchronised. In search of relevant bases of claims for damages, the corporate bases of claims („Organhaftungsansprüche") have proved to be inapplicable and special constructions under the law of obligations have proved to be unnecessary, such as the compensation of third-party damages („Drittschadensliquidation") and the contract with a protective effect in favour of a third party („Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter"). However, it has turned out to be convincing that the chairperson of the meeting by taking up this function establishes an obligation to the members. As a result, the members can demand the implementation of the resolution procedure from the chairperson of the meeting according to Section 241(1) German Civil Code and can claim damages from the chairperson of the meeting in case of a culpable breach of duty according to Section 280(1) German Civil Code.

13. The decision of the members made by resolution is attributed to the body. The decision of the body is then attributed to the community or the association („Gemeinschaft oder Verband"). Therefore, there are two successive steps of attribution. This mechanism is based on the finding that, on the one hand, the community or association cannot by itself generate a natural will and, on the other hand, that collective bodies themselves have no legal capacity or legal

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

personality. The legislator has only partially succeeded in implementing the mechanism of double attribution into codified law. Whereas the legislator in stock corporation law rightly prescribes the corporation as the opponent of the avoidance action („Beschlussanfechtungsklage", Section 246(2) sentence 1 German Stock Corporation Act) – because this is where the successive attribution ends –, the legislator failed in residential property law until 2020 to stipulate the community of apartment owners as the opponent of the avoidance action (Section 46(1) German Condominium Act). This focussed on the incorrect phase of the successive attribution.

14. Depending on the collective body and the subject of the resolution, the emphasis is either more on the *possibility* of exerting influence by adopting a resolution or the *obligation* to participate. Within collective bodies under German private law, the general meeting of a stock company on the one hand, and the mandatory supervisory board and the residential owners' meeting on the other hand, constitute the two ends of the spectrum. The lower the individual member's ability to exert influence on the community or the association and the more other boards have a distinctive management function the more the emphasis lies on a mere possibility of exerting influence. For example, the board of directors of a stock company exerts legal management power (Section 76(1) German Stock Corporation Act). Individual shareholders, however, have limited power to exert influence. Hence, the less power a shareholder has, the more freedom not to exert influence is left to them.

15. To protect the minority from the majority principle, a collective body can only make decisions by resolution if the collective body has a legal power (resolution authority) for the respective subject („Beschlusskompetenz"). If this authority is missing, the members of the collective body can only decide by way of contracts. Contracts and resolutions are fundamentally different legal transactions since the strength of the legitimating basis may vary. While contracts always require *corresponding* declarations of intent from *all* parties to the contract, for resolutions a *simple majority* is usually sufficient. Furthermore, in many cases a mere majority of the *votes cast* is sufficient. Therefore, the legitimating basis of a majority resolution can be comparatively weak, which means that the question of resolution authority has a *protective effect.* In some collective bodies, however, resolution authority is seen as self-evident once a fundamental contract has been concluded, such as the one establishing the articles of association of a German limited liability company („GmbH"). Then resolutions practically replace contracts as the legal instrument for decision making. In other collective bodies, such as the residential owners' meeting, resolution authority is conceptually an exception.

16. The principle of *pacta sunt servanda* is vital for contract law. Its counterpart in resolution frameworks is the majority principle. It took several centuries before

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

the majority principle was recognised under customary law and it was decisive for the breakthrough of resolutions as legal transactions. Today, the legislator can confine itself to selectively reminding all members of the binding effect of resolutions (Section 10(5) German Condominium Act 2007).

17. Members of collective bodies sometimes try to prevent the binding effect of resolutions by revoking votes. However, once the chairperson of the meeting has received the vote, the vote is no longer revocable. Voting *in favour* of a resolution creates a situation of trust in favour of the other members so that any action brought *against* the binding resolution at a later time might be contradictory. Members may no longer bring an action before the court because of deficiencies in convening the meeting, errors in the chairmanship of the meeting or errors in the distribution of previous information if they have voted in favour of the resolution. Furthermore, the right to challenge the resolution in court is deemed to have been lost if members have approved the resolution and they knew or should have known the reason for the challenge at the time of voting.

II. Key Outcomes of the Special Part

1. It is disputable, even within the Civil Senates of the German Federal Supreme Court, whether resolutions in collective bodies may be reached *implicitly*. Furthermore, the examination has shown that primarily the interests of the respective collective bodies are weighed, but it is not usually asked whether implicit adoption of resolutions is possible according to legal doctrine. However, this is the case and applies in principle to *all* collective bodies and thus, contrary to the prevailing opinion, also to the supervisory board of a stock corporation. The key to this yet unresolved problem lies in legal doctrine. Votes considered as declarations of intent can be subject to interpretation. According to legal doctrine („Lehre vom Empfängerhorizont"), it must be asked whether, from the chairperson's perspective, a vote was cast. If this is the case, a valid resolution may be adopted. This is not changed by the fact that implicitly adopted resolutions may result in procedural difficulties with regard to providing evidence. Within the resolution procedure, there are repeatedly such interconnections between legal requirements and procedural difficulties with regard to providing evidence. From a methodological point of view, it is however not convincing to call the mentioned doctrine into question.

2. Even though the debate before making a resolution is important, especially to weigh up arguments and counter-arguments and to prepare members for making a decision, the debate is not a constitutive requirement of the resolution procedure. In principle, resolutions may also be adopted outside formal meetings, for example by way of circulation procedures („Umlaufverfahren"). However, the announcement as a constitutive requirement of a resolution is indispensable, even

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

in written or circular procedures. Resolutions, therefore, do not come into being in the written voting procedure or the circulation procedure when the last member has cast their vote or when the vote has reached the initiator, but only when the resolution has been announced. However, the legal step of determining the result of the vote is just as important as the final element of the announcement of the resolution. The dispute in German LLC law over the announcement as a constitutive requirement continues here and clearly demonstrates methodological problems.

3. The ability to adopt resolutions outside a formal meeting does not require any statutory authorisation. However, restrictions may result from procedural law. For creditors' meetings, it turns out that *written votes* can also be cast, but only in insolvency plan procedures (Section 242 German Insolvency Code). The restraint within the legal literature seems understandable, since this collective body under private law is embedded in public procedural law. Accordingly, Section 242 German Insolvency Code cannot be applied mutatis mutandis to general meetings of creditors.

4. The legal doctrine of the German Civil Code on legal transactions regulates a variety of errors of the declaration of intent (vitiating factors that undermine declarations, „Willensmängel"). These errors can also occur in resolution procedures. A distinction must always be made between the casting of a vote and the resolution as a legal transaction. The mental reservation according to Section 116 German Civil Code fits easily in the resolution framework and a sham transaction according to Section 117 German Civil Code is applicable at least between members and the chairperson of the meeting. In this regard, the declaration of intent with a lack of seriousness according to Section 118 German Civil Code is also possible. Mistakes, deceit or duress (Sections 119, 120, 123 German Civil Code) may also occur in the event of a vote. However, the question of who can be a *third party* in the resolution procedure under corporate law according to Section 123(2) sentence 1 German Civil Code has proved to be difficult. The most consistent approach has been to attribute the deceit of *another corporate organ* to the recipient of the declarations and thus the other organ is *not* regarded as a third party within the meaning of Section 123(2) sentence 1 German Civil Code. Therefore, members such as those of the supervisory board may declare their previous votes void according to Sections 143, 123(1) German Civil Code, if they have been deceived by another corporate body, such as the executive board. Contrary to an opinion in the academic literature, abstentions cannot be challenged using Section 143 German Civil Code.

5. The provision on legal consequences of avoidance (Section 142(1) German Civil Code) does not apply to errors of the declarations of intent in a resolution procedure. A different interpretation had to be developed here, according to which not the resolution as a legal transaction is to be regarded as null and void from the

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

outset, but *the vote.* It was already generally known that a distinction had to be made between civil law deadlines and those from procedural law. However, it is noteworthy that there are certain cases in which both deadlines for avoidance must be met, if the resolution is to be lifted successfully. This follows from the fact that avoidance under civil law cannot bypass a binding resolution under procedural law.

6. The lack of a regulatory framework for regulations in the German Civil Code has led to the doubtful legal opinion that resolutions may be pending ineffectively („schwebend unwirksam"). A pending ineffectiveness of a legal transaction is to be regarded as a *provisional* ineffectiveness. This means that a legal transaction is pending until it has been approved. This opinion is backed by German case law as well as German legal literature, although no evidence has ever been provided that resolutions can be pending ineffective. *Resolutions cannot, however, be pending ineffectively.* Pending ineffective legal transactions are a legal exception that must be interpreted narrowly. There is no legal basis for pending ineffective resolutions. In legal practice, pending ineffective resolutions would not be desirable, since – unlike with contracts – typically not only one other person but a variety of members would be affected. In bigger meetings pending ineffective resolutions would affect dozens, hundreds or even thousands of shareholders, creditors or proprietors. Legitimate interests, such as the protection of minors, which usually must be protected, do not justify the application mutatis mutandis of provisions such as Section 108 German Civil Code. Therefore, minors tend to be less protected in resolution frameworks than in the field of contracts. However, the acquisition of a legal position that establishes voting right is often subject to approval under family law.

7. To create legal limbo („rechtlicher Schwebezustand"), the legal doctrine provides for conditions and time specifications. In this respect, the use of conditions precedent according to Section 158 German Civil Code is more convincing than the approach of a pending ineffective resolution mentioned before. The advantage of the solution presented here is caused by the fact that the resolution as a legal transaction is *constituted effectively*, but its *legal consequence* does not come into effect until the condition is fulfilled. This solution is therefore superior to an application mutatis mutandis of Sections 108, 177, 415 German Civil Code, since this only leads to a *pending ineffective legal transaction.* With respect to the internal relationship, the members are already bound by the resulting legal transaction.

8. Of particular importance for legal practice is the question whether and to what extent agents and messengers may be used within resolution procedures. The answer to this question has far-reaching effects, since there are collective bodies in which there is not only the possibility but also the legal obligation to participate in the resolution procedure by way of voting. Furthermore, the liability risk in

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

collective bodies could be mitigated, if voting rights can be exercised by other persons. The study at hand has shown that members may be represented by agents or messengers. The use of agents or messengers can furthermore ensure the quorum of the respective collective body to adopt resolutions, if such a quorum is required.

9. In principle, it has been shown that Sections 164 et seq. German Civil Code (law of agency) apply to the votes within resolution procedures. However, numerous complications have emerged. Without much effort, it was possible to justify that votes cast by agents who cannot prove their authorisation may be rejected by the chairperson of the meeting by analogy with Section 174 sentence 1 German Civil Code. The justification that – contrary to an established practice with notaries – members cannot appoint agents without the power of representation was much more difficult. The decisive justification could be derived from Section 180 sentence 1 German Civil Code, according to which a lack of power of representation in a unilateral legal transaction is inadmissible. This provision applies by analogy to voting. Contrary to a widespread view in the German legal literature, however, the application of Section 180 sentence 2 German Civil Code by analogy cannot be justified. Therefore, the chairperson of the meeting cannot approve the use of agents without the power of representation. This result is in line with the prior conclusion that there are no pending ineffective resolutions, which, however, could be the legal consequence of Section 180 sentence 2 German Civil Code.

10. Since there are no pending ineffective resolutions, members whose agents exceed their power of representation are not protected by Section 177(1) German Civil Code. The members are rather bound by the resolution, which does not follow from Section 164(1) sentence 1 German Civil Code but from the general binding effect of announced resolutions. Consistent with this approach, the basis of a claim under Section 179 German Civil Code does not apply either. Since the liability privilege from Section 179(2) German Civil Code is thus not available to unauthorised agents (*falsus procurator*), the liability of agents without the power of agency tends to be stricter with regard to resolutions than contracts.

11. In principle, voting messengers may also be used within the resolution procedure. The use of messengers was only regulated rudimentarily by the legislator (e. g. in Section 108(3) sentence 3 German Stock Corporation Act) but is legally possible in all collective bodies under private law. However, it is questionable whether the respective members want to run the risk of no longer being able to react at the meeting.

12. Resolutions, such as those on appointments or dismissals, may affect other persons. Nevertheless, the resolution procedure does not change. Therefore, the resolution, contrary to a widespread view in German case law and legal lite-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

rature, is not only constituted when it reaches the third party and the third party has agreed to the resolution, but already with its announcement by the chairperson of the meeting. Regarding resolutions that impose obligations adding on third parties, such as appointment resolutions („Bestellungsbeschlüsse"), the members of a collective body may only decide by resolution if they include a *condition precedent* according to Section 158(1) German Civil Code. Without a condition precedent, the members lack the legal power to appoint a person („fehlende Beschlusskompetenz"). In this case, the resolution is unlawful and either contestable or even void. The condition precedent is met, if the third party consents to these obligations. This condition precedent may also be included *implicitly*, which is regularly the case in the event of an appointment. Thus the right of conditions from the legal doctrine under civil law once again proves to be a dogmatically more convincing construction and makes it possible to abide by a uniform resolution procedure. On the other hand, dismissal resolutions („Abberufungsbeschlüsse") become effective as usual with the announcement of the resolution and not only with the receipt of the consent of the affected member.

13. Resolutions do not contain an automatic and simultaneous declaration of intent to conclude a legal transaction of the community vis-à-vis third parties. Therefore, resolutions are *not hybrid legal transactions* in the sense of an internal decision *and* an external declaration of intent. The opinion that resolutions are hybrid legal transactions, which is represented particularly in residential property law, is therefore to be rejected. Internal decision-making (resolution) and external decision-making (contract) must be strictly separated. The German Civil Code does not acknowledge a legal action to be at the same time a legal transaction *as well as* a declaration of intent.

14. There are, in principle, no contracts and resolutions that apply at the expense of third parties. Section 87(2) German Stock Corporation Act, with which resolutions taken by supervisory boards can directly intervene in legally effective contracts with executive board members, constitutes an exception that cannot be generalised („Hochpräzisionswaffe des Aufsichtsrats"). This provision makes it possible to intervene in a contract by resolution, which is unfamiliar to German Civil Law. It has at most similarities to Section 315 German Civil Code, according to which a party – in this case, the stock corporation, represented by its supervisory board – is granted a unilateral right to determine the content of the contract between the stock corporation and a member of the executive board by resolution.

15. Negative resolutions („Negativbeschlüsse"), in the sense of resolutions rejecting a proposal („Beschlussantrag"), can be divided into five groups. These have various peculiarities. In addition to the special features of proposing such a resolution, this study explained that a negative resolution erases the proposal of the announced resolution in the current meeting. Furthermore, the frequently

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

encountered opinion that negative resolutions do not have any regulatory effect at all had to be corrected.

16. A negative resolution that is *not even* supported *by a single negative vote* has proved to be a paradox. Here it has been shown that the legal basis for the negative resolution may differ but that such a resolution does not necessarily have to be based on a negative vote that desired the announced negative resolution („Negativbeschluss ohne Negativstimme"). The case in which *no vote at all* is cast either in favour of or against a resolution proposal has turned out to be similarly paradoxical. What looks like a negative resolution is actually a legal nullity. Even the constitutive announcement of the resolution is not able to compensate for the missing vote, since the resolution lacks its legal basis if *not even a single declaration of intent* has been made. This conclusion was made based on the assumption of silence being a legal nullity.

17. *Veto rights* in the resolution procedure present a mixed picture: even though veto rights are used in legal practice in many collective bodies, they have not yet been sufficiently examined. The dogmatically most convincing approach is to regard the right of veto as a *special right of the voting right.* Veto rights must be based on a unanimous legal transaction, such as a provision in the articles of association. If a body, such as the general assembly or the supervisory board, grants a veto right, a majority ruling suffices. From then on the members of the collective body can only decide by resolution under a condition subsequent (Section 158(2) German Civil Code). They do not have the legal power (*keine Beschlusskompetenz*) to pass a resolution without a condition subsequent. If veto rights are exercised, they do not affect the declarations of intent but the resolution as a legal transaction. By exercising the veto right, the condition subsequent is fulfilled and the resolution no longer has any legal consequences.

18. Veto rights may be exercised both before and after the announcement of the resolution. If a veto right is exercised *before* the chairperson of the meeting can announce the resolution, the votes cast remain effective, but the chairperson must announce a *negative* resolution. If the veto right is exercised *after* the announcement of the resolution, Section 158(2) German Civil Code applies, so that the resolution loses its legal effects. Specific deadlines for exercising veto rights do not result from the codified law, but a delay in exercising such a right could entail a breach of fiduciary duty.

19. If a member who has a right of veto is prohibited from voting, the prohibition on voting rubs off on their veto right („Abfärbewirkung"), because it cannot exist if the underlying voting right is blocked. In principle, it is possible that pooled voting rights also include the right of veto. Moreover, even though it has been shown that veto rights give the respective members a prominent position, the

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

exercise of such a right may entail a breach of fiduciary duty, so this may lead to personal liability of the members.

20. *Secret* declarations of intent are preposterous in contract law. The same is true for resolutions. The German legislator has not permitted secret ballots in any collective body under private law. Nevertheless, the opinion that secret ballots should be permissible has become prevailing for several collective bodies. The prevailing opinion balances the interests of members who are interested in secret voting – first and foremost in order to ensure they cannot be forced to vote in a certain way – against those of members who want to assert claims for damages against certain other members if a vote was unlawful. Such claims require that harmed members know exactly who voted in favour of or against a proposal. So far, however, no attention has been paid to whether secret voting is at all possible within the legal doctrine of the German Civil Code, which is not the case. Secret declarations of intent are alien to German civil law, its legal doctrine and its system of claims.

21. However, the resolution of the Gordian knot is possible, if the members do not vote anonymously but for the other members *pseudonymously.* From the legal doctrine's perspective, covert votes represent open and thus ordinary declarations of intent, which make it possible to later retrace the voting behaviour and thus comply with the system of claims of the German Civil Code. At the same time, they mitigate any possible pressure during voting and thus take into account those members who are easier to influence. Those chairpersons of the meeting who nevertheless decide in favour of secret voting act in principle contrary to their duties. This may lead to personal liability according to Section 280(1) German Civil Code.

22. The following three theses have proven to be true:
    - At least a categorisation of resolution errors is possible;
    - Despite all the differences in the respective fields of law, certain errors can occur in every resolution procedure of a collective body under private law;
    - The doctrine concerning legal transactions forms the foundation of the rules on deficient resolutions („Beschlussmängelrecht").

23. In any collective body, resolutions can be deficient either in form or substance. In any resolution procedure, errors in the resolution proposal and deficiencies of will concerning the voting can occur (Sections 116 et seq. German Civil Code). The basis for the respective law of resolution errors has three fundamental sources of error. These are resolutions that are not taken in the prescribed *form* (Section 125 German Civil Code), resolutions that violate a *statutory prohibition* (Section 134 German Civil Code) and those that are contrary to *public policy* (Sections 138, 242 German Civil Code). This basis is expanded with special

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

provisions in the special law of resolution errors, as is the case with Section 242(1) German Stock Corporation Act for remedies of errors in the form.

24. Personal liability of members has experienced a considerable boost in recent rulings by the V. Senate of the German Supreme Court. In all collective bodies under private law, the *personal voting behaviour* can be reason enough for claims for damages, since the voting is already targeted at a legal consequence that forms part of the later resolution. Deficient voting behaviour is called a „mental breach of duty" („vergeistigte Pflichtverletzung"), because in all collective bodies the obligation to cooperate is fulfilled by voting. This breach of duty may cause claims for damages against the respective members.

25. Using the example of personal liability of condominium owners for deficient voting behaviour, it has been shown that even the search for the relevant basis of claims is difficult. In addition, numerous eligibility criteria must be fulfilled in order for a harmed member to claim for damages against other members. The relevant question was whether voting in the collective body of condominium owners' meetings („Wohnungseigentümerversammlung") is a mere secondary duty („Nebenpflicht") or – as the V. Senate of the German Supreme Court had decided twice but then recently denied – a primary duty („Hauptpflicht"). Looking at the wording and the rationale, it is the most convincing interpretation that the first and foremost duty of condominium owners is to vote (Section 21(3) German Condominium Act 2007/Section 19(1) German Condominium Act 2020). They are obligated to do so by virtue of law (Section 20(1) German Condominium Act 2007/Section 19(1) German Condominium Act 2020), because with this vote they participate in the management of the common property, which every other condominium owner can also demand (Section 21(4) German Condominium Act 2007/Section 18(2) German Condominium Act 2020). The right basis of claims for damages against other members is, therefore, Section 280(1) and (2) in conjunction with Section 286 German Civil Code.

26. For this claim for damages as a result of the delay (default), there is usually no need for a warning notice („Mahnung") in the sense of Section 286(1) German Civil Code, since the day of the condominium owners' meeting determines the time of performance and therefore the day reminds the condominium owner (*dies interpellat pro homine*, Section 286(2) No. 1 German Civil Code). Furthermore, in the case of a mandatory repair, the debtor is immediately in delay after the condominium owners' meeting (Section 286(2) No. 4 German Civil Code). Whether the non-appearance, the non-voting, or the dissenting voting leads to liability for damages of the member, could finally be traced back to familiar cases about causality. This applied in particular to the practically important case where several condominium owners violate their obligation to cooperate („kumulative und alternative Kausalität"). In such cases, unlawful voting behaviour is usually mutually attributable. What initially sounded far-

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

fetched has proven to be true after all: the claim for damages as a result of the delay arising from the law of obligations of the German Civil Code also leads to coherent results in the cases of unlawful voting behaviour.

27. Using the example of personal liability of the members of the creditors' committee, it could be shown that despite a special statutory basis of the claim (Section 71 German Insolvency Code), the checking sequence for damages claims caused by unlawful voting behaviour is comparable. There is also a high consistency in the question of when the voting behaviour meets the eligibility criteria of a claim for damages. Furthermore, similarities were also found in the review of causality. It is therefore also true for creditors' committees that not every unlawful voting behaviour leads to causal damage.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Literaturverzeichnis

Abramenko, Andrik: Kein Rechtsmittel gegen richterliche Feststellung eines Vergleichs gem. § 278 VI ZPO? – Ein übersehenes Problem der Zivilprozessreform, NJW 2003, 1356.

Abramenko, Andrik: Der Anspruch auf Abänderung von Beschlüssen, ZWE 2007, 336 ff.

Abramenko, Andrik: Willensmängel bei der Beschlussfassung, ZWE 2013, 395 ff.

Abramenko, Andrik: Die Prüfung von Stimmrechtsvollmachten, ZWE 2016, 399 ff.

Abramenko, Andrik/*Armbrüster*, Christian/*Becker*, Matthias/*Bub*, Wolf-Rüdiger u. a. (Hrsg.): Recht des Wohnens – Gestalten mit Weitblick, Festschrift für Werner Merle zum 70. Geburtstag, München 2010.

Allerhand, Maurycy: Kodeks handlowy – Komentarz, Lwów 1935.

Altmeppen, Holger/*Roth*, Günter H.: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 9. Aufl., München 2019.

Altmeppen, Holger: Machtverhältnisse bei Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers in der GmbH aus „wichtigem Grund", NJW 2016, 2833 ff.

Altmeppen, Holger: Nochmals: Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers in der GmbH aus wichtigem Grund, ZIP 2017, 1185 ff.

Altmeppen, Holger: Beschlussfeststellung, Stimmrecht und Klageobliegenheit in der GmbH, GmbHR 2018, 225 ff.

Altmeppen, Holger, Organhaftung wegen des Verjährenlassens von Ansprüchen der Kapitalgesellschaft, ZIP 2019, 1253 ff.

Andres, Dirk/*Leithaus*, Rolf (Hrsg.): Insolvenzordnung, 4. Aufl., München 2018.

Armbrüster, Christian: Willensbildung und Beschlussfassung im Verwaltungsbeirat, ZWE 2001, 463.

Armbrüster, Christian: Der Verwalter als Organ der Gemeinschaft und Vertreter der Wohnungseigentümer, ZWE 2006, 470 ff.

Armbrüster, Christian/*Kräher*, Norman: Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums durch die Gemeinschaft – Verband als weiteres Verwaltungsorgan?, ZWE 2014, 1 ff.

Armbrüster, Christian/*Witsch*, Hendrik: Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer – Rückblick und Ausblick, ZWE 2019, 386 ff.

Assink, Bastiaan F.: Compendium Ondernemingsrecht, 9. Aufl., Alphen aan den Rijn 2013.

Bachmann, Gregor: Die Geschäftsordnung der Hauptversammlung, AG 1999, 210 ff.

Baltzer, Johannes: Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, Köln u. a. 1965.

Bärmann, Johannes: Wohnungseigentumsgesetz, 14. Aufl., München 2018.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Bärmann, Johannes/*Seuß*, Hanns: Praxis des Wohnungseigentums, 7. Aufl., München 2017.

Bartholomeyczik, Horst: Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluß, AcP 144 (1938), 287 ff.

Bartholomeyczik, Horst: Der Körperschaftsbeschluß als Rechtsgeschäft, ZHR 105 (1938), 293 ff.

Baumbach, Adolf/*Hopt*, Klaus J./*Roth*, Markus: Handelsgesetzbuch, 39. Aufl., München 2020.

Baumbach, Adolf/*Hueck*, Alfred: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 22. Aufl., München 2019.

Baumbach, Adolf/*Lauterbach*, Wolfgang/*Albers*, Jan/*Hartmann*, Peter: Zivilprozessordnung, 78. Aufl., München 2020.

Baums, Theodor: Der fehlerhafte Aufsichtsratsbeschluß, ZGR 1983, 300 ff.

Bayer, Walter/*Hoffmann*, Thomas: Hauptversammlungsleitung: Statutarische Regelungen, AG Report 2012, R339 ff.

Beck, Simon Markus/*Scheel*, Tobias: Zivilprozessrecht im Assessorexamen, 4. Aufl., München 2016.

Becker, Matthias: Die Haftung der Wohnungseigentümer für Schäden am Sondereigentum infolge mangelhafter Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums, ZWE 2000, 56 ff.

Becker, Matthias: Ergebnisfeststellung und Beschlusstatbestand, ZWE 2002, 93 ff.

Becker, Matthias: Die Anfechtung des Abberufungsbeschlusses durch den abberufenen Verwalter OLG Hamm, Beschl. v. 27.11.2001 – 15 W 326/011, ZWE 2002, 211 ff.

Becker, Matthias: Feststellung und Verkündung fehlerhafter Beschlüsse durch den Verwalter, ZWE 2012, 297 ff.

Becker, Matthias: Umlage der Betriebskosten bei Wohnungseigentum mit verschiedenartiger Nutzung – Änderungsvereinbarung, ZWE 2011, 170 ff.

Beck-Online Großkommentar zum Zivilrecht, *Gsell*, Beate/*Krüger*, Wolfgang/*Lorenz*, Stephan/*Mayer*, Jörg/*Henssler*, Martin, München ab 2015.

Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, *Rolfs*, Christian/*Giesen*, Richard/*Kreikebohm*, Ralf/*Udsching*, Peter (Hrsg.), 55. Ed. 01.03.2020, München.

Beck'scher Online-Kommentar BGB, *Bamberger*, Heinz Georg/*Roth*, Herbert/*Hau*, Wolfgang/*Poseck*, Roman (Hrsg.), 53. Ed. 01.02.2020, München.

Beck'scher Online-Kommentar GmbHG, *Ziemons*, Hildegard/*Jaeger*, Carsten (Hrsg.), 41. Ed. 01.11.2019, München.

Beck'scher Online-Kommentar HGB, *Häublein*, Martin/*Hoffmann-Theinert*, Roland (Hrsg), 27. Ed. 15.10.2019, München.

Beck'scher Online-Kommentar WEG, *Timme*, Michael (Hrsg.), 40. Ed. 01.02.2020, München.

Beck'scher Online-Kommentar ZPO, *Vorwerk*, Volker/*Wolf*, Christian (Hrsg.), 35. Ed. 01.01.2020, München.

Beck'sches Handbuch der GmbH, *Prinz*, Ulrich/*Winkeljohann*, Norbert, 5. Auflage, München 2014.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Beck'sches Notar-Handbuch, *Heckschen*, Heribert/*Herrler*, Sebastian/*Starke*, Timm (Hrsg.), 7. Aufl., München 2019.

Bergmann, Alfred: Der Mauracher Gesetzentwurf der Expertenkommission für die Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, DB 2020, 994 ff.

Beth, Stephan: Zur Unverhältnismäßigkeit der Einsetzung des vorläufigen Gläubigerausschusses gem. § 22a Abs. 3, 2. Alt InsO, ZInsO 2012, 1974 ff.

Bezzenberger, Tilman: Der Vorstandsvorsitzende der Aktiengesellschaft, ZGR 1996, 661 ff.

Bitter, Georg/*Heim*, Sebastian: Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2020.

Boecken, Winfried/*Düwell*, Franz Josef/*Diller*, Martin/*Hanau*, Hans: Gesamtes Arbeitsrecht, Baden-Baden 2016.

Boemke, Burkhard/*Ulrici*, Bernhard: BGB Allgemeiner Teil, 2. Aufl., Heidelberg 2014.

Bogen, Torsten: Bestellung und Anstellung des Verwalters im Wohnungseigentumsrecht, ZWE 2002, 289 ff.

Bohrer, Michael: Notarielle Form, Beurkundung und elektronischer Rechtsverkehr, DNotZ 2008, 39 ff.

Bonifacio, Michael: Zwei Vorschläge für eine Weiterentwicklung des Wohnungseigentumsrechts, ZWE 2011, 105 ff.

Bork, Björn: Die Regelungen zu „know-your-shareholder" im Regierungsentwurf des ARUG II, NZG 2019, 738 ff.

Bork, Reinhard: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 4. Aufl., Tübingen 2016.

Bork, Reinhard/*Schäfer*, Carsten (Hrsg.): GmbHG, 4. Aufl., Köln 2019.

Böttcher, Lars/*Grewe*, Daniel: Der Versammlungsleiter in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung – Kompetenzen, Bestellung und Abberufung, NZG 2002, 1086 ff.

Brox, Hans: Fehler bei der Leitung einer Hauptversammlung und ihre Folgen, DB 1965, 731.

Brox, Hans/*Henssler*, Martin: Handelsrecht, 22. Aufl., München 2016.

Brox, Hans/*Walker*, Wolf-Dietrich: Allgemeiner Teil des BGB, 43. Aufl., München 2019.

Brox, Hans/*Walker*, Wolf-Dietrich: Allgemeines Schuldrecht, 43. Aufl., München 2019.

Busche, Jan: Zur Rechtsnatur und Auslegung von Beschlüssen, in: Joost, Detlev/Oetker, Hartmut/Paschke, Marian (Hrsg.), Festschrift für Hans Jürgen Säcker zum 70. Geburtstag, S. 45 ff., München 2011.

Casper, Matthias: Die Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht, Köln 1998.

Coing, Helmut: Europäisches Privatrecht, Band II, 19. Jahrhundert, Überblick über die Entwicklung des Privatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen Ländern, München 1989.

Cranshaw, Friedrich L.: Haftung, Versicherung und Haftungsbeschränkung des (vorläufigen) Gläubigerausschusses?, ZInsO 2012, 1151 ff.

Dauner-Lieb, Barbara/*Friedrich*, Maximilian: Zur Reichweite des § 87 II AktG – Rückgängigmachung der Kürzung nach Erholung der Lage der Gesellschaft?, NZG 2010, 688 ff.

Deckert, Wolf-Dietrich: Die korrekte Verkündung von Entscheidungsergebnissen der Eigentümer einer Wohnungseigentümergemeinschaft durch den Verwalter, ZMR 2008, 585 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Dietrich, Christian: Voraussetzungen und Inhalte einer Geschäftsordnung der Hauptversammlung – zugleich eine Besprechung des Art. 1 Nr. 16 (§129 I 1 AktG neu) des Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), NZG 1998, 921 ff.

Diller, Martin: Nachträgliche Herabsetzung von Vorstandsvergütungen und -ruhegeldern nach dem VorstAG, NZG 2009, 1006 ff.

Dötsch, Wolfgang: Keine Nebenintervention des Beklagten auf Klägerseite bei der WEG-Beschlussmängelklage, NZM 2013, 67.

Dötsch, Wolfgang: Ermächtigung der Gemeinschaft zur Ausübung von Individualrechten der Wohnungseigentümer, ZWE 2016, 149 ff.

Drabek, Johannes: Ungültigerklärung eines Instandsetzungsbeschlusses nach dessen Vollzug – Folgenbeseitigungsansprüche?, ZWE 2015, 385 ff.

Drasdo, Michael: Beschränkung der Abberufung des Verwalters auf einen wichtigen Grund, NZM 2001, 923 ff.

Drinhausen, Florian: Reformbedarf im Recht der Aktiengesellschaft – Plädoyer für die Wiederbelebung des Reformeifers, ZHR 182 (2019), 509 ff.

Dröge, Henner: Haftung für Gremienentscheidungen, Berlin 2008.

Ebenroth, Carsten Thomas/*Boujong*, Karlheinz/*Joost*, Detlev/*Strohn*, Lutz: Handelsgesetzbuch, 4. Aufl., München 2020.

Elzer, Oliver: Die fehlerhafte Verkündung eines positiven Beschlusses, ZWE 2007, 165 ff.

Elzer, Oliver: Aktuelle Probleme zur Verkündung eines Eigentümerbeschlusses, MietRB 2008, 378 ff.

Elzer, Oliver: Die Bindung der Wohnungseigentümer und Sondernachfolger an erzwungene Vereinbarungen und Beschlüsse, ZWE 2010, 251.

Elzer, Oliver: Zauberlehrling reloaded oder: Globalplayer am WEG-Horizont?, NZM 2012, 718 ff.

Elzer, Oliver: Rückforderungsansprüche eines Hausgeldschuldners gegen die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer, ZMR 2014, 259 ff.

Elzer, Oliver: WEG-Reform 2020 – auf dem Weg zum Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz (WEMoG), ZMR 2020, 81 f.

Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, *Müller-Glöge*, Rudi/*Preis*, Ulrich/*Schmidt*, Ingrid (Hrsg.), 20. Aufl., München 2020.

Ernst, Wolfgang: Der Beschluss als Organakt, in: Häublein, Martin Günther/Utz, Stephen (Hrsg.): Rechtsgeschäft, Methodenlehre und darüber hinaus, Liber Amicorum für Detlef Leenen zum 70. Geburtstag, Berlin u. a. 2012.

Ernst, Wolfgang: Zu einigen Fragen des Abstimmungsdesigns im Privatrecht: Stimmverbote – Blockabstimmung – Stichentscheid – Substraktionsmethode, Festschrift für K. Schmidt zum 80. Geburtstag, S. 261 ff., München 2019.

Ernst, Wolfgang: Mehrheitsabstimmung bei schriftlicher Beschlussfassung, ZIP 2020, 889 ff.

Falkenhausen, Kurt von: Die nächste Hauptversammlung, BB 1966, 337 ff.

Fehrenbach, Markus: Der fehlerhafte Gesellschafterbeschluss in der GmbH, Köln 2011.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Feine, Hans Erich: Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in: Ehrenberg, Victor (Hrsg.): Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 3, III. Abt., Leipzig 1929.

Fischer, Rudolf: Der Vorstand der Aktiengesellschaft: Organschaft, in: Ehrenberg, Victor (Hrsg.): Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. 3, I. Abt., Leipzig 1916.

Fischinger, Philipp Sergius: Handelsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2019.

Fleischer, Holger: Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG), NZG 2009, 801 ff.

Fleischer, Holger/*Eschwey*, Claudius: Beschlussanfechtung im Aktien- und Wohnungseigentumsrecht, DB 2018, 810 ff.

Fluck, Bernd: Fehlerhafte Vereinsbeschlüsse, Tübingen 2017.

Fluck, Bernd: Das Beschlussmängelrecht des Vereins, npoR 2018, 202 ff.

Flume, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band – Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin u. a. 1992.

Frege, Michael C./*Keller*, Ulrich/*Riedel*, Ernst: Handbuch der Rechtspraxis, Band 3 Insolvenzrecht, 8. Aufl., München 2015.

Fuhst, Christian: Rechtsmittel gegen Beschlüsse der Gläubigerversammlung – Anm. zu. AG Düsseldorf, Beschl. v. 29. 03. 2018 – 502 IN 216/15, jurisPR-InsR 24/2018, Anm. 4.

Gehrlein, Markus/*Born*, Manfred/*Simon*, Stefan: GmbHG, 4. Aufl., Köln 2019.

Gierke, Otto von: Deutsches Privatrecht Band 1: Allgemeiner Teil u. Personenrecht, Leipzig 1895.

Gierke, Otto von: Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.

Gottwald, Peter (Hrsg.): Insolvenzrechts-Handbuch, 5. Aufl., München 2015.

Greiner, David: Geschäftsordnungsbeschlüsse, ZWE 2016, 297 ff.

Greiner, David: Wohnungseigentumsrecht, 4. Aufl., Bonn 2017.

Greiner, David: Das Verhältnis des Verwalters zur rechtsfähigen Gemeinschaft und zu den Wohnungseigentümern, ZWE 2020, 260 ff.

Grigoleit, Hans Christoph (Hrsg.): Aktiengesetz, München 2013.

Grunewald, Barbara: Gesellschaftsrecht, 10. Aufl., Tübingen 2017.

Grunsky, Wolfgang/*Jacoby*, Florian: Zivilprozessrecht, 16. Aufl., München 2018.

Habersack, Mathias/*Henssler*, Martin: Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., München 2018.

Hartmann, Christian: Vollmachtlose Vertretung in der Hauptversammlung?, DNotZ 2002, 253.

Häublein, Martin: Die Vertretung von Wohnungseigentümern durch den Verwalter in der Versammlung – Ein Lehrstück zur Relevanz der Rechtsgeschäftslehre im Wohnungseigentumsrecht, ZWE 2012, 1.

Häublein, Martin: Eigentümerhaftung bei Verweigerung dringender Sanierungsmaßnahmen, ZWE 2015, 83 ff.

Haupt, Gerhard, Über faktische Vertragsverhältnisse, Festschrift für Heinrich Siber, Bd. II, S. 1 ff., Leipzig 1943.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Hausmann, Rainer/*Odersky*, Felix: Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl., München 2017.

Heckschen, Heribert/*Kreußlein*, Matthias: Fehler und Berichtigungsmöglichkeiten der notariellen Niederschrift über die Hauptversammlung einer AG, NZG 2018, 401 ff.

Heidel, Thomas/*Hüßtege*, Rainer/*Mansel*, Heinz-Peter/*Noack*, Ulrich: Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 1, 3. Aufl., Baden-Baden 2016.

Heidel, Thomas/*Schall*, Alexander: Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., Baden-Baden 2019.

Hennerkes, Brun-Hagen/*Kögel*, Rainer: Eine Geschäftsordnung für die Hauptversammlung, DB 1999, 81 ff.

Henssler, Martin/*Strohn*, Lutz (Hrsg.): Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., München 2019.

Hirsch, Christoph: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., Baden-Baden 2018.

Hirte, Heribert: ESUG: Brauchen die Mitglieder des vorläufigen Gläubigerausschusses überhaupt eine Versicherung?, ZInsO 2012, 820 ff.

Hirte, Heribert/*Mülbert* Peter O./*Roth*, Markus: Aktiengesetz Großkommentar, 5. Aufl., Berlin/Boston 2015 – 2017.

Hoffmann, Jochen/*Köster*, Jan: Beschlußfeststellung und Anfechtungsklageerfordernis im GmbH-Recht, GmbHR 2003, 1327 ff.

Hoffmann-Becking, Michael: Vorstandsvorsitzender oder CEO?, NZG 2003, 745.

Hoffmann-Becking, Michael: Der Aufsichtsrat der AG und sein Vorsitzender in der Hauptversammlung – Einige bekannte und weniger bekannte Aspekte, NZG 2017, 281.

Hofstötter, Bernhard: Einige Anmerkungen zur Reform des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen, ZaöRV 2006, 143 ff.

Hogenschurz, Johannes: Voraussetzungen des Stimmrechtsausschlusses wegen rechtsmissbräuchlichen Verhaltens, jurisPR-MietR 19/2017, Anm. 3.

Hölters, Wolfgang: Aktiengesetz, 3. Aufl., München 2017.

Hüffer, Uwe/*Koch*, Jens: Aktiengesetz, 14. Aufl., München 2020.

Hügel, Stefan/*Elzer*, Oliver: Wohnungseigentumsgesetz, 2. Aufl., München 2018.

Jacoby, Florian: Das private Amt, Tübingen 2007.

Jacoby, Florian: Verantwortlichkeit der Gemeinschaft für Verwalter und Wohnungseigentümer sowie Regress?, ZWE 2014, 8 ff.

Jacoby, Florian: Haftung wegen mangelhafter Erhaltung, ZWE 2017, 149 ff.

Jacoby, Florian: Zehn Jahre WEG-Anfechtungsverfahren nach der ZPO – fG-Relikte, ZPO-Anomalien, Reformvorschläge, ZMR 2018, 393 ff.

Jacoby, Florian: Zur Zuständigkeit von rechtsfähiger Gemeinschaft und Wohnungseigentümern, Festschrift für Olaf Riecke, S. 247 ff., Köln 2019.

Jacoby, Florian: Grundlagen der rechtsfähigen Gemeinschaft, ZWE 2020, 17 ff.

Jacoby, Florian/*Hinden*, Michael von: Studienkommentar BGB, 16. Aufl., München 2018.

Jauernig, *Stürner*, Rolf (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 17. Aufl., München 2018.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Jennißen, Georg/*Schmidt*, Jan-Hendrik: Der WEG-Verwalter – Handbuch für Verwalter und Beirat, 2. Aufl., München 2010.

Jennißen, Georg: Die Verwalterabrechnung nach dem Wohnungseigentumsgesetz, 7. Aufl., München 2013.

Jennißen, Georg (Hrsg.): Wohnungseigentumsgesetz, 6. Aufl., Köln 2019.

Joussen, Jacob: Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Stuttgart 2018.

juris PraxisKommentar BGB, *Herberger*, Maximilian/*Martinek*, Michael/*Rüßmann*, Helmut/*Weth*, Stephan/*Würdinger*, Markus, 8. Aufl., Saarbrücken 2017.

Keim, Benno: Das notarielle Beurkundungsverfahren – Methodik und Praxis, München 1990.

Keiser, Thorsten: Die Herabsetzung von Managergehältern in der Krise als Organpflicht des Aufsichtsrats, RdA 2010, 280 ff.

Kern, Christoph/*Diehm*, Dirk: Zivilprozessordnung, Berlin 2017.

Koch, Jens: Empfiehlt sich eine Reform des Beschlussmängelrechts im Gesellschaftsrecht?, Gutachten F zum 72. Deutschen Juristentag, Band I, München 2018.

Köhler, Helmut: BGB, Allgemeiner Teil, 43. Aufl., München 2019.

Kölner Kommentar zum Aktienrecht, *Zöllner*, Wolfgang/*Noack*, Ulrich (Hrsg.), 3. Aufl., Köln, 2009 – 2018.

Kölner Kommentar zum Kartellrecht, *Busche*, Jan/*Röhling*, Andreas (Hrsg.), Köln 2017.

Koppensteiner, Hans-Georg: Stimmabgabe und Beschluss, Juristische Blätter 139 (2017), 273 ff.

Kort, Michael: Herabsetzung von Vorstandsbezügen gem. § 87 II AktG in der Insolvenz der AG, NZG 2015, 369 ff.

Krebs, Georg Waldemar: Pflicht zur Teilnahme an der Eigentümerversammlung und zur Mitteilung von Einwendungen gegen Beschlüsse?, jurisPR-MietR 21/2017, Anm. 5.

Kröger, Jens/*Timm*, Frauke/*Zittel*, Kathrin/*Rollmann*, Katharina/*Kummermehr*, Michael/*Wegner*, Mario: FormularBibliothek Zivilprozess, Schuldrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2016.

Kübler, Bruno (Hrsg.): Handbuch Restrukturierung in der Insolvenz, Eigenverwaltung und Insolvenzplan, 3. Aufl. 2018.

Kuntz, Thilo: Digitale Kommunikation mit Aktionären und Investoren – Chancen und Herausforderungen durch Blockchain, Sociale Medien und „Big Data", ZHR 183 (2019), 190 ff.

Lange, Frank-Holger: Der Leiter der GmbH-Gesellschafterversammlung, NJW 2015, 3190 ff.

Langer, Heiko/*Peters*, Karoline: Rechtliche Möglichkeiten einer unterschiedlichen Kompetenzzuweisung an einzelne Vorstandsmitglieder, BB 2012, 2575 ff.

Larenz, Karl/*Wolf*, Manfred: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München 2004.

Leenen, Detlev: Abschluß, Zustandekommen und Wirksamkeit des Vertrages, AcP 188 (1988), 381 ff.

Leipold, Dieter: BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil, 10. Aufl., Tübingen 2019.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Lerch, Klaus: Beurkundungsgesetz – Dienstordnung Richtlinienempfehlungen BNotK, 5. Aufl., Köln 2016.

Lettl, Tobias: Handelsrecht, 4. Aufl., München 2018.

Linden, Klaus von der: Haftung für Fehler bei der Leitung der Hauptversammlung, NZG 2013, 208 ff.

Looschelders, Dirk: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 17. Aufl., München 2019.

Lüke, Wolfgang: Zivilprozessrecht I – Erkenntnisverfahren und Europäisches Zivilverfahrensrecht, 11. Aufl., München 2020.

Lüke, Wolfgang: Prüfung von Stimmrechtsvollmachten, ZWE 2012, 193 ff.

Lutter, Marcus/*Hommelhoff*, Peter: GmbH-Gesetz, 20. Aufl., Köln 2020.

Madaus, Stephan: Der Insolvenzplan – Von seiner dogmatischen Deutung als Vertrag und seiner Fortentwicklung in eine Bestätigungsinsolvenz, Tübingen 2011.

Maroldt, Hendrik: Zur Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft – Zugleich Besprechung des Beschlusses des BayObLG v. 14.2.2002 – 2 Z BR 184/01, ZWE 2002, 387 ff.

Martens, Klaus-Peter: Rechtliche Rahmenbedingungen der Vorstandsvergütung, in: Kindler, Peter/Koch, Jens/Ulmer, Peter/Winter, Martin (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, S. 647 ff., München 2010.

Meder, Stephan: Rechtsgeschichte, 6. Aufl., Köln 2017.

Medicus, Dieter/*Lorenz*, Stephan: Schuldrecht I – Allgemeiner Teil, 21. Aufl., München 2015.

Medicus, Dieter/*Petersen*, Jens: Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl., Heidelberg 2016.

Medicus, Dieter/*Petersen*, Jens: Bürgerliches Recht – Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 27. Aufl., München 2019.

Meier, Norbert: Zulässigkeit geheimer Abstimmungen in GmbH-Aufsichtsräten, DStR 1996, 385.

Meincke, Jens Peter: Römisches Privatrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2019.

Mertens, Hans-Joachim: Verfahrensfragen bei Personalentscheidungen des mitbestimmten Aufsichtsrats, ZGR 1983, 189 ff.

Michalski, Lutz/*Heidinger*, Andrea/*Leible*, Stefan/*Schmidt*, Jessica: Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3. Aufl., München 2017.

Mohnhaupt, Heinz/*Schönfeldt*, Hans-Andreas: Normdurchsetzung in osteuropäischen Nachkriegsgesellschaften (1944 – 1989) – Einführung in die Rechtsentwicklung mit Quellendokumentation, Band 3 Polen (1944 – 1989/90), Frankfurt a. M. 1997.

Mugdan, Benno: Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich: Band 1 Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, Berlin 1899.

Müller, Horst: Die Beschlußfassung, ZWE 2000, 237 ff.

Müller, Horst: Feststellung und Verkündung fehlerhafter Beschlüsse durch den Verwalter, ZWE 2015, 303.

Müller, Jürgen: Der gemeinwohlorientierte Insolvenzverwalter, ZInsO 2016, 1796 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Müller, Maximilian: Zur Anfechtung eines Negativbeschlusses – BGH Urt. v. 02.10.2015 – V ZR 5/15, ZWE 2016, 15.

Müller, Maximilian: Stimmrechtsvollmacht im Wohnungseigentumsrecht, ZWE 2017, 395.

Münchener Anwalts-Handbuch GmbH-Recht, *Römermann*, Volker (Hrsg.), 4. Aufl., München 2018.

Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, *Priester*, Hans-Joachim/*Mayer*, Dieter/*Wicke*, Hartmut (Hrsg.), 4. Aufl., München 2015 und 5. Aufl., München 2019.

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, *Säcker*, Jürgen/*Rixecker*, Roland/*Oetker*, Hartmut (Hrsg.), 4. Aufl., München 2015 – 2018 sowie Band 1 und 2, 5. Aufl. 2019.

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, *Säcker*, Jürgen/*Rixecker*, Roland/*Oetker*, Hartmut/*Limperg*, Bettina (Hrsg.), 8. Aufl., München 2018 (Band 1) und 2020 (Band 8).

Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, *Fleischer*, Holger/*Goette*, Wulf (Hrsg.), 2. Aufl., München 2016 sowie in Band 1 und 3, 3. Aufl. 2018.

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, *Schmidt*, Karsten (Hrsg.), 4. Aufl., München 2016.

Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung, *Kirchhof*, Hans-Peter/*Eidenmüller*, Horst/*Stürner*, Rolf (Hrsg.), 4. Aufl., München 2019 sowie in Band 3, 4. Aufl. 2020.

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, *Krüger*, Wolfgang/*Rauscher*, Thomas (Hrsg.), 5. Aufl., München 2016.

Musielak, Hans-Joachim/*Voit*, Wolfgang: Grundkurs ZPO, 14. Aufl., München 2018.

Musielak, Hans-Joachim/*Voit*, Wolfgang (Hrsg.): Zivilprozessordnung, 16. Aufl., München 2019.

Neumann, Lorenz: Die „Ehegatten-GbR" als Gesellschafterin einer Fondsgesellschaft, NZG 2015, 255 ff.

Neuner, Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl., München 2020 (vereinzelt siehe auch bei Wolf/*Neuner*, 11. Aufl., München 2016).

Nomos Kommentar BGB Sachenrecht, *Grziwotz*, Herbert/*Keukenschrijver*, Alfred/*Ring*, Gerhard (Hrsg.), Bd. 3, 4. Aufl., Baden-Baden 2016.

Oetker, Hartmut (Hrsg.): Handelsgesetzbuch, 6. Aufl., München 2019.

Oppenländer, Frank/*Trölitzsch*, Thomas: Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Aufl., München 2017.

Palandt, Otto: Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Aufl., München 2019.

Pawlowski, Hans-Martin: Allgemeiner Teil des BGB, 7. Aufl., Heidelberg 2003.

Peus, Egon A.: Geheime Abstimmung im Aufsichtsrat und Stimmabgabe des Vorsitzenden, DStR 1996, 1656.

Pilich, Mateusz: Polnisches Vertriebsrecht – aktueller Zustand und Entwicklungsperspektive, ZVertriebsR 2013, 366.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Plander, Harro: Zur Bestellung der Geschäftsführer einer mehrgliedrigen GmbH – Gedanken zur Auslegung des § 27 Abs. 1 BGB und der §§ 6 Abs. 2 Satz 2, 46 Nr. 5 in Verbindung mit 47 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 1968, 197 ff.

Prütting, Hanns/*Wegen*, Gerhard/*Weinreich*, Gerd: Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., Köln 2019.

Rauch, Isabel/*Schnüttgen*, Helena: Die Gesellschafterversammlung der GmbH, Berlin 2013.

Ranieri, Filippo: Französisches Recht und französische Rechtskultur in der deutschen Zivilrechtswissenschaft heute: Eine unwiderrufliche Entfremdung? Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft: Erträge und Perspektiven eines unterentwickelten Kulturaustausches, Baden-Baden 1999.

Rellermeyer, Klaus: Der Aufsichtsrat – Betrachtungen zur neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, ZGR 1993, 77 ff.

Reul, Adolf/*Heckschen*, Heribert/*Wienberg*, Rüdiger: Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl., München 2018.

Richardi, Reinhard: Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung, 16. Aufl., München 2018.

Riecke, Olaf/*Schmid*, Michael J. (Hrsg.): WEG, 5. Aufl., Köln 2019.

Rohleder, Michael: Zur Anfechtungsklage gegen einen fehlerhaften Gesellschafterbeschluß in der GmbH, GmbHR 1989, 236 ff.

Rosenberg, Leo/*Schwab*, Karl Heinz/*Gottwald*, Peter: Zivilprozessrecht, 18. Aufl., München 2018.

Rowedder, Heinz/*Schmidt-Leithoff*, Christian: GmbHG Kommentar, 6. Aufl., München 2017.

Rüthers, Bernd/*Fischer*, Christian/*Birk*, Axel: Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 10. Aufl., München 2018.

Sackmann, Julia: Anforderungen an Schiedsvereinbarungen für Beschlussmängelklagen im Personengesellschaftsrecht, NZG 2016, 1041 ff.

Saenger, Ingo (Hrsg.): Zivilprozessordnung, 8. Aufl., Baden-Baden 2019.

Saenger, Ingo/*Inhester*, Michael (Hrsg.): Handkommentar zum GmbHG, 3. Aufl., Baden-Baden 2016.

Sauren, Marcel M.: Wohnungseigentumsgesetz, 6. Aufl., München 2014.

Schaaf, Andreas: Publikumshauptversammlung und Rederecht, ZIP 1997, 1324 ff.

S*chaaf*, Andreas: Die Geschäftsordnung der AG-Hauptversammlung – eine praktische Notwendigkeit?, ZIP 1999, 1339 ff.

Schäfer, Carsten: Die Lehre vom fehlerhaften Verband, Tübingen 2002.

Schäfer, Carsten: Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2018.

Schellhammer, Kurt: Zivilprozess, 15. Aufl., Heidelberg 2016.

Schemmann, Till: Mehrfachbeteiligung von Gesellschaftervertretern bei Organbeschlüssen, NZG 2008, 89 ff.

Schmid, Michael: Bereicherungsanspruch des Wohnungseigentümers gegen die Wohnungseigentümergemeinschaft, ZWE 2013, 391 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Schmid, Michael: Sanierungszwang, „Opfergrenze“ und Schadensersatz im Wohnungseigentumsrecht, NZM 2015, 121 ff.

Schmidt, Andreas: Hamburger Kommentar zum Insolvenzrecht, 7. Aufl., Köln 2019.

Schmidt, Jan-Hendrik: Zur Haftung des WEG-Verwalters bei Verkündung rechtswidriger Beschlussergebnisse, in: Recht des Wohnens – Gestalten mit Weitblick, Festschrift für Werner Merle zum 70. Geburtstag, München 2010.

Schmidt, Jan-Hendrik: Verkündung rechtswidriger Beschlüsse, ZWE 2016, 385.

Schmidt, Jessica: Die Umsetzung der Aktionärsrechte-Richtlinie 2017: der Referentenentwurf für das ARUG II, NZG 2018, 1201 ff.

Schmidt, Karsten: Entlastung, Entlastungsrecht und Entlastungsklage des Geschäftsführers einer GmbH – Versuch einer Neuorientierung, ZGR 1978, 425 ff.

Schmidt, Karsten: Die Beschlußanfechtungsklage bei Vereinen und Personengesellschaften – Ein Beitrag zur Institutionenbildung im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Walter Stimpel, Berlin 1985.

Schmidt, Karsten: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Köln 2002.

Schmidt, Karsten (Hrsg.): Insolvenzordnung, 19. Aufl., München 2016.

Schmidt, Karsten: Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht: Haftung des ein Gesellschaftsunternehmen fortführenden Insolvenzverwalters, JuS 2018, 176 ff.

Schmidt, Rolf: BGB Allgemeiner Teil, 18. Aufl., Bremen 2019.

Schmidt-Räntsch, Johanna: Rechtsprechung des BGH zum Wohnungseigentumsgesetz von Oktober 2011 bis Oktober 2012, ZWE 2012, 445 ff.

Schmoeckel, Mathias/*Rückert*, Joachim/*Zimmermann*, Reinhard (Hrsg.): Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Band I: Allgemeiner Teil §§ 1 – 240, Tübingen 2003.

Schneider, Uwe H.: Geheime Abstimmung im Aufsichtsrat, Festschrift für Robert Fischer (Lutter, Marcus/Stimpel, Walter/Wiedermann, Herbert (Hrsg.)), Berlin 1979 (Reprint 2018).

Scholz, Kommentar zum GmbH-Recht mit Anhang Konzernrecht, 11. Aufl., Köln 2012 – 2015 und 12. Aufl. 2018.

Schubert, Werner: Der Tatbestand der Geschäftsführung ohne Auftrag, AcP 178 (1978), 435 ff.

Schulze, Reiner/*Dörner*, Heinrich/*Ebert*, Ida/*Hoeren*, Thomas/*Kemper*, Rainer/*Saenger*, Ingo/*Schreiber*, Klaus/*Schulte-Nölke*, Hans/*Staudinger*, Ansgar: Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Baden-Baden 2019.

Schürnbrand, Jan: Organschaft im Recht der privaten Verbände, Tübingen 2007.

Schwab, Martin: Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, Tübingen 2005.

Seidel, Manuel: Das Vetorecht eines Vorstandsmitglieds in der Aktiengesellschaft, Baden-Baden 2018.

Selter, Wolfgang: Angaben und Ergebnis der Abstimmung in der Hauptversammlungsniederschrift nach der Rechtsprechungsänderung des BGH, ZIP 2018, 1161 ff.

Semler, Johannes/*Schenck*, Kersten von: Der Aufsichtsrat, München 2015.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Simons, Cornelius/*Hanloser*, Marlene: Vorstandsvorsitzender und Vorstandssprecher, AG 2010, 641 ff.

Simons, Cornelius/*Hauser*, Johanna: Die virtuelle Hauptversammlung – Aktuelle Praxisfragen unter dem Regime der „Corona"-Gesetzgebung, NZG 2020, 488 ff.

Skauradszun, Dominik: Sanieren oder Verkaufen – Pflicht-Instandsetzungen bei finanzschwachen Wohnungseigentümern, AnwZert MietR, 5/2015 Anm. 1.

Skauradszun, Dominik: Schadensersatz für Stimmverhalten in der Eigentümerversammlung, NZM 2015, 273 ff.

Skauradszun, Dominik: Einberufung der Versammlung und Bezeichnung der Beschlussgegenstände, ZWE 2016, 61 ff.

Skauradszun, Dominik: Zur Verkündung rechtswidriger Beschlüsse durch den Versammlungsleiter – Eine Rückbesinnung auf die Rechtsgeschäftslehre, ZMR 2018, 122 ff.

Skauradszun, Dominik: Grundpfeiler der Anfechtungsklage nach § 46 WEG – Heute und in Zukunft, Festschrift für Olaf Riecke, S. 431 ff., Köln 2019.

Skauradszun, Dominik: Neuausrichtung der Verwaltung in der vollrechtsfähigen WEG, ZRP 2020, 34 ff.

Skauradszun, Dominik: Das Verhältnis der rechtsfähigen Gemeinschaft zu den Wohnungseigentümern und die Nadelöhrdoktrin, ZWE 2020, 105 ff.

Skauradszun, Dominik/*Elzer*, Oliver/*Hinz*, Werner/*Riecke*, Olaf (Hrsg.): Die WEG-Reform 2020/2021, Köln 2020.

Skauradszun, Dominik/*Harnack*, Alana Julia: Das Zusammenspiel der Organe nach dem WeMoG am Beispiel der Veräußerungsbeschränkung, AnwZert MietR 13/2020, 1 ff.

Skauradszun, Dominik/*Spahlinger*, Andreas: Die Haftung des Geschäftsführers in der Eigenverwaltung – Meinungsstand, Praxisbeispiele und Handlungsempfehlungen, DB 2015, 2559 ff.

Slabschi, Peter: Die sogenannte rechtsmißbräuchliche Anfechtungsklage, Diss., Berlin 1997.

Soergel, Hans Theodor: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen (BGB), 13. Aufl., Stuttgart 2000–2019 (aus der 12. Aufl. auch Band 6 (WEG), 1990).

Sonnenberger, Hans Jürgen: Französisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1991.

Sonnenberger, Hans Jürgen/*Classen*, Claus Dieter (Hrsg.): Einführung in das französische Recht, 4. Aufl., Frankfurt a. M. 2012.

Spielbauer, Thomas/*Then*, Michael: WEG, 3. Aufl., Berlin 2017.

Spindler, Gerald/*Stilz*, Eberhard (Hrsg.): Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., München 2019.

Staats, Johann-Friedrich: Deutsches Richtergesetz, Baden-Baden 2012.

Stadler, Astrid: Allgemeiner Teil des BGB, 19. Aufl., München 2017.

Stamm, Jürgen: Die Prinzipien und Grundstrukturen des Zwangsvollstreckungsrechts – Ein Beitrag zur Rechtsvereinheitlichung auf europäischer Ebene, Tübingen 2007.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Staudinger, Julius von: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin 1999 – 2019.

Staudinger, Julius von: BGB, Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin 2018.

Stein, Friedrich/*Jonas*, Martin (Hrsg.): Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Aufl., Tübingen, Band 4 2008 und 23. Aufl., Band 4 2018.

Stützle, Rudolf/*Walgenbach*, Joachim: Leitung der Hauptversammlung und Mitspracherechte der Aktionäre in Fragen der Versammlungsleitung, ZHR 155 (1991), 516 ff.

Suilmann, Martin: Das Beschlussmängelverfahren im Wohnungseigentumsrecht, Düsseldorf 1998.

Suilmann, Martin: Beschlußanfechtung durch den abberufenen Verwalter, ZWE 2000, 106 ff.

Suilmann, Martin: Gemeinschaft oder Wohnungseigentümer? Zur Schadensersatzpflicht bei unterbliebener Mitwirkung an einer ordnungsgemäßen Verwaltung, ZWE 2013, 82 ff.

Suilmann, Martin, Zur gerichtlichen Ersetzung einer Vereinbarung zur Regelung des Gebrauchs des gemeinschaftlichen Eigentums, ZWE 2016, 451 ff..

Thomas, Heinz/*Putzo*, Hans (Hrsg.): Zivilprozessordnung, 37. Aufl., München 2017 und 41. Aufl., München 2020.

Thur, Andreas von, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Band 1: Allgemeine Lehren und Personenrecht, Leipzig 1910.

Trölitzsch, Thomas: Der behauptete wichtige Grund als Grundlage für ein Stimmverbot in der Gesellschafterversammlung, Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2017, 117 ff., Köln 2018.

Ulmer, Peter/*Habersack*, Mathias/*Henssler*, Martin: Mitbestimmungsrecht, 4. Aufl., München 2018.

Ulmer, Peter/*Habersack*, Mathias/*Löbbe*, Marc: GmbH Großkommentar, 2. Aufl., Tübingen 2014.

Waldecker, Ludwig: Die eingetragene Genossenschaft: Ein Lehrbuch, Tübingen 1916.

Weingärtner, Helmut: Notarrecht, 9. Aufl., Köln 2009.

Weller, Marc-Philippe: Die Systemkohärenz des § 87 II AktG – Eingeschränkte Vertragstreue beim Vorstandsvertrag auf Grund Fremdinteressenwahrung, NZG 2010, 7 ff.

Weller, Marc-Philippe/*Prütting*, Jens: Handels- und Gesellschaftsrecht, 9. Aufl., München 2016.

Westermann, Harm Peter: Rechte und Pflichten des mitbestimmten Aufsichtsrats und seiner Mitglieder, ZGR 1977, 219 ff.

Wicke, Hartmut: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3. Aufl., München 2016.

Wieczorek, Bernhard/*Schütze*, Rolf (Hrsg.): Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 4. Aufl., Band 4, Berlin 2013.

Wiester, Roland: Die Durchführung von Gesellschafterversammlungen bei der zerstrittenen Zweipersonen-GmbH, GmbHR 2008, 189 ff.

Winkler, Karl: Beurkundungsgesetz, 19. Aufl., München 2019.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Winnefeld, Robert: Stimmrecht, Stimmabgabe und Beschluß, ihre Rechtsnatur und Behandlung, DB 1972, 1053.

Winter, Jaap/*Wezeman*, Jan Berend: Van de BV en de NV, 16. Aufl., Alphen aan den Rijn 2013.

Wolf, Manfred/*Neuner*, Jörg: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 11. Aufl., München 2016.

Wolff, Hans J.: Organschaft und Juristische Person, Zweiter Band, Theorie der Vertretung, Berlin 1934.

Wörlen, Rainer/*Kokemoor*, Axel: Handelsrecht mit Gesellschaftsrecht, 13. Aufl., München 2018.

Wörlen, Rainer/*Metzler-Müller*, Karin: Schuldrecht AT, 13. Aufl., München 2018.

Zeiss, Walter/*Schreiber*, Klaus: Zivilprozessrecht, 12. Aufl., Heidelberg 2014.

Zerres, Thomas: Bürgerliches Recht – Eine Einführung in das Zivilrecht und die Grundzüge des Zivilprozessrechts, 8. Aufl., München 2016.

Zimmermann, Reinhard: The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford 1996.

Zippelius, Reinhold: Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München 2012.

Zöller, Richard: Zivilprozessordnung, 33. Aufl., Köln 2020.

Zschieschack, Frank: Die gerichtliche Kontrolle der Verwaltervergütung, ZMR 2018, 159.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Sachwortregister

ARUG II 82, 339

Bedingungen
– auflösende Bedingung 124, 321, 325
– aufschiebende Bedingung 125, 231, 274, 322
– konkludent 275, 277
Beschluss
– Abberufungsbeschluss 268, 278
– Auslegung 59, 71
– Aussprache 72, 83, 92, 97, 137, 196, 211, 241, 259, 325, 384, 393
– Beratungsgeheimnis 158, 338
– Beschluss mit Bezug zu anderen Personen 264 ff.
– Beschlussantrag 52, 67, 70 ff., 88, 92, 102, 124, 155, 304 ff., 338, 357, 382
– Beschlussfähigkeit 67, 155, 195, 234
– Beschlussfeststellungsklage 111 ff., 313
– Beschlusskompetenz 168, 272, 300, 319, 356
– Beschlussmängelrecht 22, 48, 85, 126, 182, 352, 370
– Beschlussprozedur 64 ff., 162, 189 ff., 209, 233 ff., 264 ff., 315, 325, 354
– Beschluss-Sammlung 87, 118
– Bestandskraft 126, 218, 371, 394
– Bestellungsbeschluss 269, 281
– Bindungswirkung 175 ff., 250, 352
– Einziehungsbeschluss 278 ff.
– Endakt 90, 95, 102, 247
– Entlastungsbeschluss 291
– essentialia negotii 72, 93, 357
– faktischer 122, 156
– Feststellung Abstimmungsergebnis 79 ff.
– Fixierung 33, 103, 195
– Geschäftsordnungsbeschluss 58, 125, 349, 352
– Heilung 118, 144, 352
– innerorganisatorische Willensbildung 161
– konkludente Beschlussfassung 192
– konkludente Verkündung 111, 135, 156, 189
– Majorisierung 169, 351
– materielle Kontrolle 99, 141,
– Negativbeschluss 54, 116, 304 ff., 321, 373
– Niederschrift 92, 151
– Organakt 161
– Positivbeschluss 182, 305, 309, 331, 391
– Rechtsgeschäft 27 ff., 57, 108
– Regelungsfunktion 305
– schwebend unwirksame Beschlüsse 153, 221 ff., 245, 250
– Stimmenauswertung 79 ff.
– Subtraktionsmethode 83
– Tatbestand 54, 66, 76, 91, 102 ff., 122, 137, 155, 215, 357
– Verkündung 84, 96, 110, 125, 175, 195, 203, 311
– vorläufige Verbindlichkeit 128, 146
– Vorstandsbeschlüsse 202
– Wirksamkeit 65, 105, 219, 268, 325
– Zählfehler 136, 351
– zugunsten Dritter 282 ff.
– zulasten Dritter 293 ff.
– Zurechnungen 159
Betriebsrat 49, 128, 234
Botenschaft 233 ff., 258

Code Civil 29
Condictio indebiti 301
Condictio ob causam finitam 301
Corpus Iuris Civilis 38 (aber nur in Fn. 50)
COVMG 201

Drittschadensliquidation 148, 348

Gesellschaftsvertrag 38, 59, 172, 279, 348
Gläubigerausschuss 40, 134, 208, 237, 396 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

Harmonisierung 28, 39
Herrschaft und Haftung 146
Hybrides Rechtsgeschäft 264 ff., 284

Klage
– Anfechtungsfrist 126, 218, 371
– Anfechtungsklage 218
– Anfechtungsklage (WEG) 126, 163, 178, 370
– Anfechtungsmöglichkeiten 219
– Beschlussfeststellungsklage 111 ff., 313
– Gestaltungsklage 113, 116, 145, 156, 165, 313
– Leistungsklage 299, 344, 369
– statthafte Klageart 114, 156, 313
– Vertrauensschaden 220, 251
Kollektivorgan 42

Mauracher Entwurf 219
Mitgliedschaft 43, 166, 368, 379
MoPeG 21, 219

Notar
– notarielle Beurkundung 92 ff., 101
– unparteiisch 94, 98

Organ 42
Organwalter
– Begriff 43
– Bindungswirkung 54, 90, 175 ff., 245
– Haftung 360 ff.
– Möglichkeit der Einflussnahme 70, 166, 256
– Pflicht zur Mitwirkung 168, 361, 376 ff.
– schutzbedürftig 244, 326
Österreichisches Recht 33

Pandekten 29
Polnisches Recht 32

Rechtsgeschäft 57
Relativität der Schuldverhältnisse 294
Römisches Recht 38

Schweizer Recht 34
Sonderrecht 317, 323, 329
Stellvertretung
– Außenvollmacht 251
– Bindungswirkung 250
– Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht 251
– tauglicher Stellvertreter 256
– Vertretungsmacht 249
– vollmachtloser Vertreter 241 ff.
Stimmabgabe
– Empfänger 78, 93, 192 ff., 290
– geheime 332 ff.
– Haftung 360 ff.
– schriftliche 168, 205, 261
– schwebend unwirksam 244
– Stellvertretung 239
– treuwidrig 82, 329
– Umlaufverfahren 200
Stimmausübung
– Freiheit 23
Stimme
– ablehnende 53, 306
– Gegenstimme 318, 391
– Haftung für Stimmverhalten 370 ff.
– Mitwirkung 168, 363
– Stimmenthaltungen 55, 215 ff., 364, 391, 401
– Stimmrechtsbindung 327 ff.
– Stimmverbot 80, 126, 326, 392
– verdeckte Stimmabgabe 345, 393
– Widerruf aus wichtigem Grund 179
– Willenserklärung 53
– Willensmangel 209 ff.
– Zugang 81, 179

Vergleich 74, 96 ff.
Versammlungsleiter
– als Vertreter 255
– Amt 127 ff.
– Bedeutung 126 ff.
– faktischer 119
– fehlender Versammlungsleiter 119
– Funktion 127 ff.
– Funktionsgehilfe 133
– Haftung 146 ff., 346
– Institution 134
– Legalitätspflicht 82, 145
– Neutralitätsgebot 130
– Organ 127 ff., 134
– Verkündung des Beschlusses aussetzen 139 ff.

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/

– Vertrag mit Schutzwirkung 149
Vetorecht 315 ff.

Willenserklärungen
– Auslegung 59
– Empfangsvertreter 128, 218
– essentialia negotii 72
– kundtun 53, 257
– Richtung der Abgabe 77, 93
– Schweigen 55, 83, 177, 190, 215, 310 ff.
– Sicht des Empfängers 192
– Wirksamkeit 320 ff.
Willensmängel
– geheimer Vorbehalt 210
– Irrtum 212
– nicht ernstlich gemeine Willenserklärung 211
– Rechtsfolge 215
– Scheingeschäft 211
– Täuschung und Drohung 212

DOI https://doi.org/10.3790/978-3-428-58147-4 | Generated on 2025-06-08 09:56:02
OPEN ACCESS | Licensed under CC BY-SA 4.0 | https://creativecommons.org/about/cclicenses/