

ALEXANDER BURGER

Das Beiratsmitglied im Streit über Mängel von Beschlüssen eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG

Vorbemerkung

Mark Binz ist hochgeschätztes Mitglied der Aufsichtsgremien einer Vielzahl von Familienunternehmen aller Rechtsformen. Das hat Gründe, die für alle, die den Jubilar kennen, evident sind: gesegnet mit einem messerscharfen analytischen Verstand, enzyklopädischem Wissen auf den für Familienunternehmen wichtigen Gebieten der Juristerei und Ökonomie, mit der Fähigkeit zu virtuosem Umgang mit den Ausdrucksmöglichkeiten der Sprache und den persönlichen Eigenschaften Empathie, Feingefühl für Personen und Situationen, Kampfkraft und Perfektionismus in jedem Detail ist Mark Binz eine hochbegabte und charismatische Persönlichkeit. Jugendliche Ausstrahlung und Energie des Jubilars lassen nicht an das festschriftwürdige Alter des Erreichens des 65. Lebensjahres denken. Dazu muss man seinen Geburtstag kennen und Willenskraft aufbringen, an die Zuverlässigkeit der Information zu glauben. Mark Binz befindet sich im hoffentlich noch Dekaden andauernden Zenit seiner Leistungsfähigkeit.

In diesem Sinne sei ihm der nachfolgende Beitrag gewidmet.

I. Einführung

Die GmbH & Co. KG bietet ihren Gesellschaftern viele Gestaltungsmöglichkeiten und infolgedessen ein hohes Maß an Flexibilität. Nicht zuletzt deshalb ist die GmbH & Co. KG nach wie vor die beliebteste Rechtsform der Familienunternehmer; hinzu kommen haftungsrechtliche und steuerliche Gründe, die die GmbH & Co. KG als Vehikel unternehmerischer Betätigung unentbehrlich machen. Deshalb war und ist es nur folgerichtig, dass Mark Binz, der Berater der Familienunternehmer, Herausgeber und Autor des inzwischen in 11. Auflage vorliegenden Standardwerks zur GmbH & Co. KG ist, ein „*Vademecum*“ für jeden Familienunternehmer und Berater, der Umgang mit dieser Rechtsform hat.¹

Ohne von Gesetzes wegen dazu verpflichtet zu sein, vereinbaren Gesellschafter von Familienunternehmen dieser Rechtsform nicht selten, einen Beirat zu bilden und mit Personen zu besetzen, die entweder nicht zum Kreis der Familiengesellschafter gehören oder zwar Familiengesellschafter sind, aber die Geschäfte des Familienunternehmens nicht in operativer Verantwortung führen.²

¹ Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 11. Aufl. 2010.

² Das hier als „Beirat“ bezeichnete Gremium wird von den Gesellschaftern häufig auch als „Aufsichtsrat“, „Verwaltungsrat“, gelegentlich auch als „Familierrat“ oder „Gesellschafterausschuss“ bezeichnet.

Der auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage vereinbarte, gesetzlich nicht zwingende und deshalb auch „*fakultativ*“ genannte Beirat einer nicht als Publikumsgesellschaft verfassten GmbH & Co. KG hat nach dem Willen der Gesellschafter typischerweise die Aufgaben, die Geschäftsführung zu überwachen, die Geschäftsführung und die Gesellschafter zu beraten und Streit zwischen den Gesellschaftern informell, also nicht in einem rechtsförmlichen gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Verfahren zu schlichten.

Was passiert aber, wenn Mitglieder des Beirats in Streit darüber geraten, ob ein Beschluss des Beirates nichtig ist; beispielsweise weil behauptet wird, Mitglieder des Beirats seien durch ein Stimmverbot an der Stimmabgabe gehindert gewesen, hätten aber dennoch an der Abstimmung teilgenommen. Umgekehrt können die Mitglieder des Beirats auch in Streit geraten, wenn ein Mitglied des Beirats behauptet, ein Beschluss sei zustande gekommen, weil nicht von einem Stimmverbot betroffene Mitglieder des Beirats zu Unrecht von der Abstimmung ausgeschlossen worden seien. Streit kann auch darüber entstehen, ob der Gegenstand eines Beiratsbeschlusses zu dessen Zuständigkeit gehört, oder ein Beschluss zu fassen gewesen wäre, weil der Beschlussantrag die Zustimmung des Beirats zu einer dringend gebotenen Maßnahme der Geschäftsführung zum Gegenstand hatte? Wenn eine Verständigung über einen behaupteten Mangel eines Beschlusses des Beirats nicht möglich ist, müssen sich opponierende Mitglieder des Beirats die Fragen stellen, ob sie berechtigt sind, Mängel eines Beiratsbeschlusses auf dem Zivilrechtsweg gerichtlich geltend zu machen und gegebenenfalls gegen wen.³ Diesen Fragen will der Verfasser des vorliegenden Beitrags im Folgenden nachgehen.

Eine für die Praxis verlässliche, geschweige denn höchstrichterliche Rechtsprechung zu diesen Fragen gibt es bis heute nicht. Das Landgericht Ravensburg hat es sich in einer bislang unveröffentlichten Entscheidung recht einfach gemacht, indem es schlanker Hand eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs⁴ zu den Fragen, ob Aufsichtsratsmitglieder Mängel von Aufsichtsratsbeschlüssen gerichtlich geltend machen können und gegebenenfalls gegen wen, auf die Rechtsform der GmbH & Co. KG und einen dort gebildeten fakultativen Beirat übertragen hat.⁵

II. Art der Klage

Beschlussmängel gesetzlich vorgesehener, aber auch durch Vereinbarung unter den Gesellschaftern geschaffener („*fakultativer*“) Organe von Personenhandelsgesellschaften werden grundsätzlich⁶ durch Feststellungsklagen im Sinne von § 256

³ Außer Betracht bleiben soll die Möglichkeit, dass Gesellschafter auf der Grundlage eines Schiedsvertrages darauf verständigen, ein nach vereinbarten Regeln zusammengesetztes und handelndes Schiedsgericht anzurufen.

⁴ BGHZ 135, 244.

⁵ LG Ravensburg v. 20.12.2013 – 8 O 27/13 KfH.

⁶ Das Kapitalgesellschaftsrecht der Aktiengesellschaft kennt zur Geltendmachung von Mängel von Hauptversammlungsbeschlüssen außerdem die Nichtigkeitsfeststellungsklage nach § 241 AktG sowie die Anfechtungsklage unter den Voraussetzungen der §§ 243 ff. AktG. Das

ZPO geltend gemacht. Dies gilt insbesondere für Mängel von Beschlüssen der Gesellschafter von Personenhandelsgesellschaften. Die Feststellungsklage ist aber auch dann die richtige Klageart, wenn es um die Feststellung der Nichtigkeit eines Beschlusses des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft geht.⁷ Auch für die Geltendmachung eines Mangels eines Beschlusses eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG kann grundsätzlich nur eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO in Betracht kommen.⁸ § 256 ZPO gestattet unter anderen dort genannten Möglichkeiten eine Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis alsbald festgestellt werde. Ein gegen einen Beschluss des Beirats opponierendes Mitglied müsste also für sich reklamieren können, dass es sich bei einem Beiratsbeschluss um ein im Sinne von § 256 ZPO feststellungsfähiges Rechtsverhältnis handelt, außerdem dass es ein rechtliches Interesse daran hat, das Nichtbestehen (negative Beschlussfeststellungsklage) oder Bestehen (positive Beschlussfeststellungsklage) dieses Rechtsverhältnisses alsbald durch Urteil festgestellt zu erhalten.

III. Rechtsverhältnisse im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO

1. Rechtsverhältnis

Rechtsverhältnis im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO ist eine aus dem vorgetragenen Sachverhalt abgeleitete rechtliche Beziehung von Personen untereinander oder zu einem Gegenstand.⁹ Das Rechtsverhältnis muss hinreichend konkret bezeichnet sein, so dass über seine Identität und damit über den Umfang der Rechtskraft keinerlei Ungewissheit bestehen kann.¹⁰

Der Begriff des Rechtsverhältnisses im Sinne von § 256 ZPO geht weiter als der Begriff des Schuldverhältnisses im Sinne von § 241 BGB. Es kann sich um Rechte jeder Art handeln, insbesondere bürgerlich-rechtliche, wie die Rechtsnatur eines Vertrages,¹¹ die Nichtigkeit eines BGB-Gesellschafterbeschlusses oder die Unrichtigkeit eines festgestellten Ergebnisses, die Existenz und der Inhalt eines

Beschlussmängelrecht des Kapitalgesellschaftsrechts einer GmbH lehnt sich an das einer Aktiengesellschaft an, soweit es um die Geltendmachung von Mängeln von Gesellschafterbeschlüssen geht. Gesellschafterbeschlüsse einer GmbH sind in entsprechender Anwendung der Bestimmungen des Aktienrechts grundsätzlich binnen einer Frist von einem Monat geltend zu machen. Und zwar gemäß § 246 Abs. 2 S. 1 AktG „gegen die Gesellschaft“. Mängel von Gesellschafterbeschlüssen von Personenhandelsgesellschaften, insbesondere in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG, wenn es sich dabei um Publikumsgesellschaften handelt (beispielsweise Kapitalanlagegesellschaften mit einer Vielzahl von Anlegern), lehnen sich durch dahingehende Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag zur Vereinfachung des Rechtsschutzes häufig ebenfalls an das System des Beschlussmängelrechts der Kapitalgesellschaften an. Beispielsweise indem vereinbart wird, dass die Rechtswidrigkeit von Gesellschafterbeschlüssen im Wege der Nichtigkeitsklage gegen die Gesellschaft (in entsprechender Anwendung von § 246 Abs. 2 AktG) geltend gemacht werden kann.

⁷ BGHZ 135, 244 = NJW 1997, 1926 – ARAG/Garmenbeck.

⁸ Löwe, in Mehrbrey, Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, 2013, § 53 Rn. 32 mwN.

⁹ BGH, NJW 2009, 751; Reichold, in Thomas/Putzo, ZPO, 32. Aufl. 2011, § 256 Rn. 5.

¹⁰ BGH, NJW 2001, 445; Reichold, in Thomas/Putzo, ZPO, 32. Aufl. 2011, § 256 Rn. 5.

¹¹ RGZ 1944, 54; Reichold, in Thomas/Putzo, ZPO, 32. Aufl. 2011, § 256 Rn. 6.

Beschlusses einer GmbH-Geschäfterversammlung, wenn das Ergebnis der Abstimmung nicht festgestellt wurde.¹²

Keine Rechtsverhältnisse im Sinne von § 256 ZPO sind abstrakte Rechtsfragen, die Frage der Geschäftsfähigkeit, die Unwahrheit einer Tatsachenbehauptung, die Rechtmäßigkeit eines Verhaltens. Es ist nicht Aufgabe der Gerichte, abstrakte Rechtsfragen oder Vorfragen zu einem Rechtsverhältnis zu beantworten.¹³

Die Fragen, was Gegenstand einer Feststellungsklage im Sinne von § 256 ZPO sein kann, und ob ein Feststellungsinteresse besteht, werden im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes tendenziell klägerfreundlich beantwortet.¹⁴

Demgemäß begegnet es im Grundsatz keinen Bedenken, auch den Beschluss eines Beirats, ebenso wie den Beschluss einer Geschäfterversammlung, den Beschluss eines Aufsichtsrates oder eines Verwaltungsrates für einen im Rechtssinne geeigneten Gegenstand einer Feststellungsklage im Sinne von § 256 ZPO zu halten.

2. Drittrechtsverhältnis

Bedenken an der Eignung eines Beiratsbeschlusses als Gegenstand einer Feststellungsklage im Sinne von § 256 ZPO können sich allenfalls ergeben, wenn es nicht ein Gesellschafter der GmbH & Co. KG ist, der gerichtlich Feststellungen mit Blick auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Beiratsbeschlusses begehrt, sondern ein Beiratsmitglied, das nicht zugleich Gesellschafter der GmbH & Co. KG ist. Dieses Bedenken beruht auf der Überlegung eines beachtlichen Teils der Literatur, die vom Kläger ebenso wie vom Beklagten einer Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO fordert, dass das streitige Rechtsverhältnis gerade zwischen ihnen bestehen müsse.¹⁵

Daran können im Falle eines Beiratsmitglieds, das nicht zugleich Gesellschafter der GmbH & Co. KG ist, schon deshalb Zweifel bestehen, weil ein Beiratsbeschluss die Gesellschafter der GmbH & Co. KG bindet; das einzelne Beiratsmitglied durch einen Beschluss des Beirats grundsätzlich aber weder Ansprüche, noch Rechte erwirbt und jedenfalls unmittelbar auch zu nichts verpflichtet wird.¹⁶ Dies gilt selbst dann, wenn Verträge zwischen der GmbH & Co. KG und einzelnen Mitgliedern ihres Beirats der Zustimmung des Gremiums bedürfen.¹⁷ Denn auch

¹² BGH, NJW-RR 2010, 49; Reichold, in Thomas/Putzo, ZPO, 32. Aufl. 2011, § 256 Rn. 6; im Falle der Feststellung eines Beschlusses ist die Anfechtungsklage nach aktienrechtlichem Vorbild binnen Monatsfrist (§ 243 AktG iVm § 246 Abs. 1 AktG analog) gegen die GmbH (§ 246 Abs. 2 AktG analog) die richtige Klageart.

¹³ Statt vieler Greger, in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2013, § 256 Rn. 5.

¹⁴ In diesem Sinne zur Frage des Interesses an der Feststellung der Wirksamkeit, Unwirksamkeit oder Angemessenheit von Abfindungsregelungen in Gesellschaftsverträgen von Personenhändelsgesellschaften zuletzt Binz/Mayer, NZG 2012, 201, 206 f. mwN.

¹⁵ Greger, in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2013, § 256 Rn. 3b; Becker-Eberhardt, in MüKoZPO, 4. Aufl. 2012, § 256 Rn. 34 mwN.

¹⁶ Zur Frage, ob Mitglieder des Beirats für rechtswidrige Beiratsbeschlüsse haften: vgl. unten IV; außerdem allgemein zur Haftung des Beirats (in der Publikumsgesellschaft): Neumann, DB 2007, 844 ff.

¹⁷ Vgl. § 114 AktG für Verträge zwischen der Aktiengesellschaft und Mitgliedern ihres Aufsichtsrates; Burger, Die Wirksamkeit von Beratungsverträgen zwischen der Aktiengesellschaft und Mitgliedern ihres Aufsichtsrats, insbesondere im Hinblick auf § 113 Abs. 1 AktG.

in einem solchen Fall bindet eine ablehnende Entscheidung des Beirats allein die geschäftsführende Gesellschafterin in der Weise, dass es ihr untersagt ist, den von ihr vorgeschlagenen und zur Abstimmung gestellten Vertrag mit einem Beiratsmitglied dem ablehnenden Beschluss des Beirats zuwider abzuschließen.

Von diesem Grundsatz mag es denkbare, in der Praxis aber seltene Ausnahmen geben. Beispielsweise die, dass der Beirat gesellschaftsvertraglich befugt ist, über die Vergütung der Tätigkeit der Mitglieder des Beirats, selbstverständlich unter Berücksichtigung der sich aus § 315 BGB ergebenden Grundsätze, selbst zu beschließen. Ungeachtet solcher Ausnahmen entspricht es dem Regelfall, dass Beiratsbeschlüsse das einzelne Mitglied des Beirats weder berechtigen noch verpflichten, sondern nach Maßgabe der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages von den Gesellschaftern zu beachten sind. Ist die Durchführung einer von der Geschäftsführung beabsichtigten Maßnahme von der Zustimmung des Beirats abhängig, hat diese Maßnahme zu unterbleiben, wenn der Beirat die Zustimmung nicht erteilt. Daran ist die geschäftsführende Gesellschafterin im Falle der Rechtsform einer GmbH & Co. KG gebunden, typischerweise also die Komplementär-GmbH. Das Unterbleiben einer geplanten Maßnahme wegen eines ablehnenden Beschlusses des Beirats kann der Geschäftsführung der GmbH & Co. KG von den übrigen Gesellschaftern grundsätzlich nicht zum Vorwurf gemacht werden, vorausgesetzt die Geschäftsführung hat den Beirat über die beabsichtigte Maßnahme und die Gründe, die die Geschäftsführung veranlasst hatten, diese zu empfehlen, vollständig und zutreffend unterrichtet.

Dagegen spricht nicht, dass Beiratsmitglieder im Falle rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens, das zu Schaden der Gesellschaft führt, dieser grundsätzlich zum Ersatz eines solchen Schadens verpflichtet sind.¹⁸

Bei der Frage nach einer eventuellen Verpflichtung eines Beiratsmitglieds zum Schadensersatz wegen schuldhaft pflichtwidrigen Verhaltens ist nicht von Bedeutung, ob ein Beiratsmitglied durch einen Beiratsbeschluss berechtigt oder verpflichtet wird, sondern allein, ob das einzelne Beiratsmitglied bei seiner Willensbildung und Stimmabgabe im Unternehmensinteresse unter Berücksichtigung des Gesellschaftsvertrages, geltender Gesetze sowie eventueller vertraglicher Pflichten gehandelt hat (vgl. unter IV.3.a).

Die für die Praxis maßgebliche Rechtsprechung des Bundesgerichtshof hat sich zur Frage, ob ein Rechtsverhältnis, das geeigneter Gegenstand einer Feststellungsklage nach § 256 Abs. 1 ZPO sein kann, gerade zwischen den Parteien des Rechtsstreits bestehen muss oder ob auch ein sogenanntes „Drittverhältnis“ genügt, inzwischen festgelegt:¹⁹ Auch ein sogenanntes „Drittverhältnis“ könne Gegenstand einer Feststellungsklage im Sinne von § 256 ZPO sein, falls dieses Drittverhältnis zugleich für die Rechtsbeziehungen der Parteien untereinander

¹⁸ Nicht berücksichtigt ist bei dieser Überlegung, dass es auch Beiratsmitglieder gibt, die nur in einem Rechtsverhältnis zu den Gesellschaftern stehen, von denen sie in das Beiratsgremium entsandt sind. In Fällen dieser Art heißt das Gremium seltener Beirat und häufiger Gesellschafterausschuss, dem dann typischerweise von Gesellschaftergruppen entsandte Personen, angehören (die je nach Vereinbarung nicht zugleich Gesellschafter sein müssen); vgl. außerdem unter IV.3.a.

¹⁹ Zum Sach- und Streitstand Greger, in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2013, § 256 Rn. 3b mwN.

der von Bedeutung ist und der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Klärung hat.²⁰

Bei genauer Lektüre von Literatur und Rechtsprechung zu dieser Meinungsverschiedenheit entsteht der Eindruck, dass es sich dabei – wie nicht selten – um eine Meinungsverschiedenheit handelt, die sich allein aus der Verwendung unterschiedlicher Begriffe ergibt, rechtsdogmatisch und rechtspraktisch aber folgenlos bleibt.

Denn in allen Entscheidungen, in denen der Bundesgerichtshof betont hat, auch Drittrechtsverhältnisse könnten Gegenstand einer Feststellungsklage im Sinne von § 256 ZPO sein, macht der Kläger letztendlich ein Rechtsverhältnis geltend, an dem er selbst beteiligt ist. Berührt sich etwa der Beklagte einer Forderung gegen einen Dritten, die der Kläger für sich in Anspruch nimmt, so betrifft dieser Prätendentenstreit ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien,²¹ so dass es in Wahrheit gar nicht um eine drittbezogene Feststellungsklage geht, sondern ausschließlich um das Rechtsverhältnis zwischen den beiden, sich über die Inhaberschaft an der Forderung streitenden Prätendenten.

Entsprechendes gilt für einen Sachverhalt, der dadurch gekennzeichnet ist, dass der Beklagte behauptet, nicht er, sondern der Kläger hafte für bestimmte Verbindlichkeiten gegenüber Dritten. Denn auch hier berührt sich der Beklagte zugleich eines Rückgriffsanspruches gegen den Kläger für den Fall seiner Inanspruchnahme durch Dritte.²²

Aufschlussreich ist dazu auch eine Entscheidung des OLG Hamm.²³ Der Sachverhalt, der dieser Entscheidung zugrunde liegt, ist dadurch gekennzeichnet, dass die Klage eines Rückbürgen gegen den Gläubiger auf Feststellung, dass dieser nicht zur Inanspruchnahme des Hauptbürgen berechtigt sei, vom Oberlandesgericht Hamm bereits mangels einer zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehung und nicht erst wegen des fehlenden rechtlichen Interesse an alsbaldiger Feststellung abgewiesen wurde. Aufschlussreich ist diese Entscheidung deshalb, weil das OLG Hamm dadurch von der Linie der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs abweicht und den Begriff des Rechtsverhältnisses eng in der Weise auslegt, dass Drittrechtsverhältnisse im Begriff des „Rechtsverhältnisses“ im Sinne § 256 ZPO nicht inkludiert sind.

Soweit der Bundesgerichtshof zulässt, dass ein Gesellschafter gegen die Gesellschaft und die Mitgesellschafter auf Feststellung der Unwirksamkeit von Verträgen klagt, die die Gesellschaft mit Dritten abgeschlossen hat, handelt es sich in Wirklichkeit um die Feststellung einer Verletzung des Gesellschaftsvertrages, für welche das Bestehen des Drittrechtsverhältnisses nur Vorfrage ist.²⁴

Hielte man die von beachtlichen Stimmen der rechtswissenschaftlichen Literatur vertretene Meinung, nach der „Drittrechtsverhältnisse“ nicht im Begriff des

²⁰ Greger, in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2013, § 256 Rn. 3b mwN; BGHZ 83, 122, 125; BGH, WM 1990 2128, 2130; NJW 1993, 2539, 2540 mwN.

²¹ Greger, in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2013, § 256 Rn. 3b; BGH, NJW-RR 1992, 1151; NJW 1993, 2539, 2540.

²² Greger, in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2013, § 256 Rn. 3b; BGH, NJW 1993, 2539.

²³ OLG Hamm, NJW 1993, 3274 f.; Greger, in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2013, § 256 Rn. 3b.

²⁴ Greger, in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2013, § 256 Rn. 3b; OLG Hamm, NJW 1993, 3274 f.

„Rechtsverhältnisses“ im Sinne des § 256 ZPO inkludiert seien,²⁵ für zutreffend, hätte ein Mitglied eines fakultativen Beirates einer GmbH & Co. KG erhebliche Schwierigkeiten, die von dieser Rechtsansicht aufgestellte Hürde zu nehmen; nämlich die Hürde, selbst an dem durch einen Beiratsbeschluss begründeten Rechtsverhältnis beteiligt zu sein, das er im Wege positiver oder negativer (leugnender) Feststellungsklage festgestellt haben möchte. Denn der Umstand, dass das Mitglied unzweifelhaft Teil des Gremiums Beirats ist, sollte nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Beschluss als solcher nicht die einzelnen Mitglieder des Beirats bindet, wenn sie nicht zugleich Gesellschafter der GmbH & Co. KG sind, sondern ausschließlich die Gesellschafter der GmbH & Co. KG.

Der Gesetzgeber hat es aber bis heute unterlassen, den Wortlaut des § 256 Abs. 1 ZPO dadurch einzuschränken, dass er vom Feststellungskläger verlangt, selbst unmittelbar Beteiligter des „Rechtsverhältnisses“ im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO zu sein, dessen Bestehen oder Nichtbestehen er im Wege positiver oder negativer Klage festzustellen begehrt.

Auch die Voraussetzungen einer einschränkenden Auslegung – sogenannte „teleologische Reduktion“ – des Tatbestandsmerkmals „Rechtsverhältnis“ im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO dahingehend, dass sogenannte „Drittverhältnisse“ davon nicht erfasst sein sollen, liegen ersichtlich nicht vor. Eine solche, gegenüber dem Gesetzeswortlaut engere Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Rechtsverhältnis“, ist an bestimmte Voraussetzungen geknüpft. Für eine teleologische Reduktion müsste festgestellt werden können, dass der Gesetzgeber das Tatbestandsmerkmal planwidrig zu weit gefasst hat; außerdem, dass der Gesetzgeber, hätte er die Schwäche der zu weit gefassten Formulierung unter Berücksichtigung seines Regelungsplanes erkannt, das zu weit gefasste Tatbestandsmerkmal eingeschränkt hätte. Anhaltspunkte dafür, solche Feststellungen zu treffen, sind aber nicht ersichtlich.

Ganz im Gegenteil: Mit dem zusätzlichen Tatbestandsmerkmal des § 256 Abs. 1 ZPO, nach dem der Kläger ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung haben müsse, hat der Gesetzgeber ein tatbestandsmäßiges Korrektiv für den weiten Begriff des „Rechtsverhältnisses“ geschaffen. Das Tatbestandsmerkmal des „rechtlichen Interesses“ an alsbaldiger Feststellung dient evident dem Zweck, zu verhindern, dass ein Kläger begehrt, vom angerufenen Gericht Rechtsverhältnisse festgestellt zu erhalten, ohne selbst in eigenem Interesse betroffen zu sein. Ist der Feststellungskläger an einem Rechtsverhältnis gar nicht beteiligt, sollte er also gute Gründe dafür haben, Klage zu erheben, wenn sein Vorhaben nicht an der Wand des Erfordernisses eines „rechtlichen Interesses“ an alsbaldiger Feststellung zerschellen soll. Für dogmatische Akrobatik über die Frage, ob ein Rechtsverhältnis im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO nur ein Rechtsverhältnis sein kann, an dem der Kläger selbst beteiligt ist, oder ob auch ein Drittverhältnis geeignet ist, die Voraussetzungen dieses Tatbestandsmerkmals des § 256 Abs. 1 ZPO zu erfüllen, besteht deshalb weder rechtsdogmatischer, noch rechtspraktischer Anlass, beispielsweise um eine Lücke im System effektiven Rechtsschutzes zu schließen.

²⁵ Greger, in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2013, § 256 Rn. 3b; Becker-Eberhardt, in MüKoZPO, 4. Aufl. 2012, § 256 Rn. 34 mwN.

Richtig dürfte demgemäß sein, anzunehmen, dass die Hürde des rechtlichen Interesse an alsbaldiger Feststellung für den Feststellungskläger hoch liegt, wenn er gar nicht Beteiligter des Rechtsverhältnisses ist, zu dem er auf dem Rechtsweg Feststellungen durch Urteil begehrt.²⁶

So liegen die Dinge hier: Das Mitglied des Beirats eines fakultativen Aufsichtsrates einer GmbH & Co. KG ist jedenfalls dann nicht Beteiligter des Rechtsverhältnisses, das durch einen Beiratsbeschluss in positivem oder negativem (leugnenden) Sinne geregelt wird, wenn er nicht zugleich Gesellschafter der GmbH & Co. KG ist.²⁷ Aus diesem Grund liegt die Hürde für das Beiratsmitglied hoch, sich auf ein rechtliches Interesse an alsbaldiger positiver oder negativer Feststellung eines Beschlusses des Beirates im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO berufen zu können.

IV. Rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO

Neben einem „*Rechtsverhältnis*“ setzt eine Feststellungsklage im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO, gerichtet auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses, voraus, dass der Kläger, mithin das einzelne Beiratsmitglied, ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO hat.²⁸ Beim Feststellungsinteresse handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung der Feststellungsklage. Diese Voraussetzung muss neben den anderen allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sein, damit ein Feststellungsurteil zugunsten des Beiratsmitglieds ergehen kann.²⁹ Durch diese Voraussetzung soll vermieden werden, dass Klagen über Streitigkeiten erhoben werden, ohne dass ein rechtlich schützenswertes Interesse der klagenden Partei an einer Entscheidung darüber besteht. Ein bloßes wirtschaftliches Interesse ist für das rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung nicht ausreichend.³⁰ Bei diesem Interesse muss es sich gerade um ein Interesse der klagenden Partei handeln, mithin um ein eigenes Interesse des Beiratsmitglieds. Das Interesse eines Anderen genügt nicht. Ein Feststellungsinteresse im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO besteht deshalb grundsätzlich nur dann, wenn einem subjektiven Recht der klagenden Partei eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit dadurch droht, dass der Beklagte es ernstlich bestreitet oder er sich eines Rechtes gegen den Kläger berührt und wenn das erstrebte Urteil infolge seiner Rechtskraft geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen.³¹ Das Interesse der klagenden Partei muss überdies gerade gegenüber der beklagten Partei bestehen.³²

²⁶ Ähnlich auch OLG Hamm, NJW 1993, 3274 f., das das Feststellungsinteresse am Bestehen oder Nichtbestehen eines Drittrechtsverhältnisses mit der Begründung abgelehnt hat, es bestehe zwischen den Parteien kein Rechtsverhältnis, das als Vorfrage des Drittrechtsverhältnisses prozessökonomisch mit festgestellt werden könnte.

²⁷ Zu denkbaren, aber seltenen Ausnahmen vgl. III.2.

²⁸ Im Folgenden kurz „Feststellungsinteresse“ genannt.

²⁹ Greger, in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2013, § 256 Rn. 7.

³⁰ Statt vieler Reichold, in Thomas/Putzo, ZPO, 32. Aufl. 2011, § 256 Rn. 13.

³¹ BGH, NJW 2010, 1877; 1986, 2507; Greger, in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2013, § 256 Rn. 7.

³² BGH, NJW 1984, 2950; MDR 1971, 1000; Greger, in Zöller, ZPO, 29. Aufl. 2013, § 256 Rn. 7.

1. Feststellungsinteresse eines Beiratsmitglieds aus dem Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG

Macht das klagende Beiratsmitglied geltend, ein Beschluss des Beirats sei nichtig oder bestehe, kann das vom Beiratsmitglied geltend gemachte Interesse an dahingehender gerichtlicher Feststellung nicht unmittelbar auf dem Gesellschaftsvertrag beruhen, wenn das klagende Beiratsmitglied nicht zugleich Gesellschafter ist. Denn ein solches, nicht zu den Gesellschaftern gehörendes Beiratsmitglied ist nicht Vertragspartner des Gesellschaftsvertrages.

Ist das Beiratsmitglied aber zugleich Gesellschafter – typischerweise Kommanditist – der GmbH & Co. KG, ist es Vertragspartner des Gesellschaftsvertrages und kann aufgrund dieser Rechtsposition für sich ein eigenes rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Beiratsbeschlusses reklamieren.³³ Dieses Interesse beruht aber gerade nicht auf der Mitgliedschaft im Beirat, sondern allein auf der Eigenschaft des Klägers, Gesellschafter und damit Vertragspartner des Gesellschaftsvertrages zu sein.

2. Feststellungsinteresse des Beiratsmitglieds aus dem Gesellschaftsvertrag im Sinne eines „echten“ Vertrages zugunsten Dritter

Aus der Vertragsfreiheit und § 328 BGB folgt, dass Vertragspartner eines Vertrages auch vereinbaren können, dass ein Dritter Leistungen gewährt erhalten solle und dies fordern könne (sogenannter „echter Vertrag zugunsten Dritter“, vgl. § 328 Abs. 2 BGB).

Mit Blick auf das Thema verbindet sich mit dieser Vorschrift die Frage, ob das Beiratsmitglied mit seiner Wahl oder Entsendung in den Beirat der Gesellschaft zugleich im Sinne eines „echten“ Vertrages zugunsten Dritter – denn das Beiratsmitglied, das nicht zugleich Gesellschafter ist, ist nicht Vertragspartner des Gesellschaftsvertrages – das Recht eingeräumt erhalten hat, von der Gesellschaft, von Gesellschaftern, vom Beirat oder Mitgliedern des Beirats einzufordern, dass die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages eingehalten werden.

Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG müsste dem Mitglied des Beirats, das nicht zugleich Gesellschafter ist, das Recht einräumen, zu fordern, dass der Beirat rechtmäßige Beschlüsse fasst und dass nichtige Beschlüsse als solche bezeichnet und festgestellt werden. Ob dies der Fall ist, muss im jeweiligen Einzelfall auf der Grundlage einer Auslegung des Gesellschaftsvertrages unter Berücksichtigung der Bestimmungen der §§ 133, 157 BGB ermittelt werden.³⁴ Dabei wird die Architektur der Unternehmensverfassung einer GmbH & Co. KG zu berücksichtigen sein und dabei insbesondere auch, dass ein Mitglied des Beirats

³³ Löwe, in Mehrbrey, Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, 2013, § 53 I und II; weitgehend ungeklärt ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Gesellschafter und/oder Beiratsmitglieder darauf klagen können, dass ein Beschluss bestimmten Inhalts zu fassen sei, obwohl auch hier im Streitfall rechtsdogmatische Überlegungen und die Architektur der Unternehmensverfassung einer GmbH & Co. KG mit fakultativem Beirat zu prognostizierbaren Ergebnissen führen sollte.

³⁴ Zuletzt zum Meinungsstand, welche Rechtsätze bei der Auslegung von Gesellschaftsverträgen anzuwenden sind, Fleischer, DB 2007, 1466 ff.

der Gesellschaft, das nicht zugleich Gesellschafter ist, in die Gesellschaft nichts investiert hat, als eine regelmäßig nebenberuflich ausgeübte und üblicherweise vergütete Tätigkeit. Das Beiratsmitglied hat deshalb die Folgen nichtiger Gesellschafterbeschlüsse oder zu Unrecht als nicht zustande gekommen behandelter Beiratsbeschlüsse nicht zu tragen. Deshalb sollte äußerste Zurückhaltung geübt werden, einem Beiratsmitglied im Wege der Auslegung im Sinne eines Vertrages zugunsten Dritter das Recht einzuräumen, die Einhaltung der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages gegenüber der Gesellschaft, den Gesellschaftern, dem Beirat oder seinen Mitgliedern einzufordern. Denn dies begründete zugleich das Recht des Beiratsmitglieds, das nicht zugleich Gesellschafter der Gesellschaft ist, in dieser Frage auch eine von einer einstimmigen Meinung der Gesellschafter abweichende und opponierende Meinung zu vertreten. In diesem Fall könnte die absurde Situation eintreten, dass ein einzelnes Beiratsmitglied mit Blick auf einen streitig gewordenen Beiratsbeschluss die Einhaltung der einschlägigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages auf dem Klageweg im Widerspruch zur einhelligen und anders lautenden Meinung sämtlicher Gesellschafter geltend macht. Das wird man nur in Ausnahmefällen annehmen können.

Sollte dem Beirat beispielsweise die Befugnis eingeräumt sein, ähnlich wie die Abgeordneten des Deutschen Bundestages, über ihre Vergütung selbst zu befinden, hat ein Beiratsmitglied ein eigenes rechtliches Interesse daran, das Nichtbestehen oder Bestehen eines Beiratsbeschlusses, der unmittelbar oder mittelbar die Vergütung seiner Tätigkeit zum Gegenstand hat, gerichtlich festgestellt zu erhalten. In diesem Fall sind den Mitgliedern des Beirats durch den Gesellschaftsvertrag im Sinne des § 328 BGB Ansprüche eingeräumt, die ein Feststellungsinteresse des Beiratsmitglieds begründen.

In entsprechender Anwendung der Bestimmungen des § 328 BGB kommt außerdem in Betracht, einem Beiratsmitglied ein Feststellungsinteresse am Bestehen oder Nichtbestehen eines Beiratsbeschlusses zuzubilligen, mit dem der Beirat gemäß dem Gesellschaftsvertrag darüber entscheidet, ob ein Vertrag mit dem Mitglied des Beirats abgeschlossen werden soll oder nicht.³⁵

Außerhalb von Fragen der Vergütung der Beiratstätigkeit sowie einer eventuell erforderlichen Zustimmung zu Verträgen zwischen Mitgliedern des Beirats und der Gesellschaft ist ein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Beiratsbeschlusses, gestützt auf die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, den das Mitglied des Beirats nicht als Gesellschafter und Partei abgeschlossen hat, nicht ersichtlich.

³⁵ Zur Aktiengesellschaft vgl. §§ 113, 114 AktG; außerdem Burger, Die Wirksamkeit von Beratungsverträgen zwischen der Aktiengesellschaft und Mitgliedern ihres Aufsichtsrates gemäß §§ 113, 114 AktG, 1997.

3. Feststellungsinteresse aus einem Rechtsverhältnis des Beiratsmitglieds zur Gesellschaft

a) Rechtsverhältnis zur Gesellschaft

Als weiterer Anknüpfungspunkt für ein Feststellungsinteresse eines Beiratsmitglieds eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG am Bestehen oder Nichtbestehen von Beiratsbeschlüssen kommt ein Rechtsverhältnis zur Gesellschaft in Betracht.

Die Frage, ob ein solches Rechtsverhältnis besteht, entzündet sich regelmäßig an der Frage, ob und gegebenenfalls auf welcher Grundlage Mitglieder des Beirats einer GmbH & Co. KG für eine schuldhafte Verletzung ihrer Pflichten einzustehen haben. Als Anknüpfungspunkt für eine Verpflichtung zum Schadensersatz kommt eine schuldhafte Verletzung vertraglicher Pflichten³⁶ oder eine Schadensersatzverpflichtung in entsprechender Anwendung („Analogie“) der §§ 116, 93 AktG.³⁷

Ungeachtet der rechtlichen Grundlage einer möglichen Haftung besteht zunächst Einigkeit darüber, dass einem Mitglied des Beirats, und zwar gleichgültig, ob es zugleich Gesellschafter der Gesellschaft ist oder nicht, die Privilegien des § 708 BGB nicht zu Gute kommen.³⁸ Der subjektive Sorgfaltsmaßstab des § 708 BGB der sogenannten Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten kann nur der Gesellschafter und nur in dieser Eigenschaft für sich in Anspruch nehmen. Selbst wenn das Mitglied des Beirats zugleich Gesellschafter ist, handelte es sich bei einem Verstoß gegen Pflichten aus dem Amt als Beiratsmitglied nicht zugleich um eine Pflichtverletzung als Gesellschafter. Deshalb kann ein Beiratsmitglied, das zugleich Gesellschafter ist, sich nicht auf die Privilegien des sich aus § 708 BGB ergebenden Sorgfaltsmaßstabes berufen, wenn es gegen seine Amtspflichten verstößt. Die Differenzierung der Haftungsgrundlagen nach der Haftung wegen Vertragspflichtverletzung, typischerweise aus den § 280 iVm § 276 BGB, oder einer Haftung in entsprechender Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 93, 116 AktG, die die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft betreffen, hat in der Praxis im Wesentlichen Auswirkungen für Fragen der Darlegungs- und Beweislast sowie des Sorgfaltsmaßstabes.

Auch wenn in der Literatur gelegentlich vertreten wird, der Bundesgerichtshof leite die Haftung eines Beiratsmitglieds aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 116, 93 AktG ab,³⁹ spricht die Lektüre der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs für die Annahme, dass der Bundesgerichtshof ein Rechtsverhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Beiratsmitglied annimmt, auf dessen Grundlage das Beiratsmitglied von der Gesellschaft für Fehlverhalten in Anspruch genommen werden kann.⁴⁰ Auch vertritt der Bundesgerichtshof, entgegen gele-

³⁶ Rinze, NJW 1992, 2790; und – das wird leider oft übersehen – BGHZ 69, 207, 208.

³⁷ Neumann/Böhme, DB 2007, 844 mwN; Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 11. Aufl. 2010, § 10 Rn. 37 ff.; Reichert, in Sudhoff, GmbH & Co. KG, 6. Aufl. 2005, § 18 Rn. 111–113; Mussaeus, in Hesselmann/Tillmann/Mueller-Tuhns, Handbuch GmbH & Co. KG, 20. Aufl. 2009, § 4 Rn. 206 f.

³⁸ Statt vieler Binz/Sorg, Die GmbH & Co. KG, 11. Aufl. 2010, § 10 Rn. 36.

³⁹ Neumann/Böhme, DB 2007, 844 ff., 845.

⁴⁰ BGHZ 69, 207.

gentlich vertretener Meinung, nicht die Auffassung, die Haftung ergebe sich aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 116, 93 AktG. Der Bundesgerichtshof entnimmt diesen Bestimmungen lediglich den Sorgfaltsmaßstab sowie die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast, die bei der Prüfung der Frage anzuwenden ist, ob sich ein Beiratsmitglied bei seiner Tätigkeit schadensersatzpflichtig gemacht hat oder nicht. Rechtsgrund der Haftung ist aber ein „Rechtsverhältnis“, mithin Schuldverhältnis im Sinne des § 241 BGB, zwischen der Gesellschaft und dem Mitglied des Beirats.⁴¹ Der Wortlaut der Entscheidungsgründe dazu ist recht eindeutig:

„Nach dem Gesellschaftsvertrag handelt es sich bei dem Verwaltungsrat um ein (von der Gesellschafterversammlung gewähltes) Gesellschaftsorgan der Kommanditgesellschaft. Seine Mitglieder stehen in einem Rechtsverhältnis zur Gesellschaft selbst mit der Folge, dass jedes der Klägerin gegenüber verpflichtet ist, für die Erfüllung der übernommenen Aufgaben einzustehen. (...)“⁴²

Dabei kann offen bleiben, ob es sich bei diesem Rechtsverhältnis um einen Dienstvertrag, einen Auftrag, eine (entgeltliche) Geschäftsbesorgung oder ein Schuldverhältnis „*sui generis*“ handelt.

Wenn die Gesellschaft diejenige ist, die die Beiratsvergütung ausweislich des Gesellschaftsvertrages der Gesellschaft oder kraft Gesellschafterbeschlusses den Mitgliedern des Beirats bezahlt, darf angenommen werden, dass die Gesellschaft auch diejenige ist, die von den Beiratsmitgliedern selbst die Einhaltung der durch Annahme der Wahl übernommene Verpflichtung, die Pflichten eines Beiratsmitglieds ordnungsgemäß auszuführen, einfordern und bei Verletzung Schadensersatz verlangen darf. Dies spricht für das Bestehen eines Schuldverhältnisses im Sinne von § 241 BGB zwischen Beiratsmitglied und Gesellschaft.

Bei typischer Ausgestaltung des fakultativen Beirats in der Weise, dass der Beirat auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage die Geschäftsführung zu überwachen sowie Geschäftsführung und Gesellschafter zu beraten hat, der Gesellschaftsvertrag außerdem eine Vergütung der Tätigkeit der Beiratsmitglieder vorsieht, die die Gesellschaft ausweislich des Gesellschaftsvertrages zu bezahlen hat, besteht zwischen der Gesellschaft und dem Beiratsmitglied ein Schuldverhältnis im Sinne von § 241 BGB; regelmäßig wird es sich dabei entweder um einen Dienstvertrag, eine entgeltliche Geschäftsbesorgung, einen Auftrag oder ein Schuldverhältnis *sui generis* handeln. Schriftform ist für ein solches Schuldverhältnis nicht erforderlich; bei Familienunternehmen außerdem unüblich.

b) Feststellungsinteresse aus diesem Rechtsverhältnis

Ob das Beiratsmitglied auf der Grundlage dieses Schuldverhältnisses, gleichgültig, ob es sich dabei um einen Dienstvertrag, eine entgeltliche Geschäftsbesorgung, einen Auftrag oder ein Schuldverhältnis *sui generis* handelt, berechtigt ist, ein rechtliches Interesse daran abzuleiten, dass die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages mit Blick auf Beschlüsse des Beirats eingehalten werden, ist wiederum eine

⁴¹ BGHZ 69, 207.

⁴² BGHZ 69, 207, 208.

Frage der Auslegung des Gesellschaftsvertrages. In erster Linie wird man dem Beiratsmitglied auf der Grundlage des Schuldverhältnisses mit der Gesellschaft das Recht zubilligen dürfen und müssen, dass es von der Gesellschaft die im Gesellschaftsvertrag oder durch die Gesellschafterversammlung festgesetzte Vergütung einzufordern berechtigt ist. Außerdem wird das Beiratsmitglied üblicherweise Anspruch darauf haben, dass ihm Aufwendungen für Reisen erstattet werden.

Nicht ersichtlich ist allerdings, aus welchem Grund das Beiratsmitglied auf der Grundlage eines solchen Schuldverhältnisses zur Gesellschaft berechtigt sein soll, zu fordern, dass Beiratsbeschlüsse rechtmäßig und wirksam sind, anderenfalls gerichtlich festgestellt zu erhalten, dass ein solcher Beiratsbeschluss nicht besteht, oder, für den Fall, dass der Beirat einen Beschlussantrag zu Unrecht abgelehnt hat, dass ein Beschluss im Sinne eines Rechtsverhältnisses besteht. Ein solcher Anspruch auf rechtmäßige Beschlussfassung auf der Grundlage eines Schuldverhältnisses zur Gesellschaft könnte allenfalls dann angenommen werden, wenn jedes einzelne Beiratsmitglied im Sinne einer Garantie dafür einzustehen hätte, dass der Beirat ausschließlich rechtmäßige Beschlüsse fasst. Eine solche Garantie für einen bestimmten Erfolg, nämlich die Rechtmäßigkeit von Beschlüssen des Beirats, dürfte vom nach den §§ 133, 157 BGB durch Auslegung zu ermittelnden, rechtsgeschäftlichen Willen der Vertragspartner des Schuldverhältnisses zwischen Gesellschaft und Beiratsmitglied grundsätzlich nicht abzuleiten sein. Die Auslegung wird typischerweise ergeben, dass sich das Beiratsmitglied gegenüber der Gesellschaft durch Annahme seines Amtes verpflichtet, sein Amt als Mitglied des Beirats im Unternehmensinteresse in der Weise auszuüben, dass es sorgfältig berät und abstimmt und dabei seinerseits weder gegen die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages, noch gegen andere Rechtssätze verstößt.

Aus dem Schuldverhältnis zwischen Gesellschaft und Beiratsmitglied kann das Beiratsmitglied deshalb kein rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung im Sinne von § 256 ZPO daran ableiten, durch Urteil festgestellt zu erhalten, dass ein Beiratsbeschluss besteht oder nicht besteht.

4. Rechtsverhältnis zu einem Gesellschafter oder zu einer Gruppe von Gesellschaftern

Als weiterer Anknüpfungspunkt für ein Feststellungsinteresse eines Beiratsmitglieds eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG am Bestehen oder Nichtbestehen von Beiratsbeschlüssen kommt ein Rechtsverhältnis des Beiratsmitglieds zu einem Gesellschafter in Betracht, der das Beiratsmitglied in den Beirat der GmbH & Co. KG entsandt hat, um dort die Interessen des Gesellschafters zu vertreten.⁴³

Wenn dieses Beiratsmitglied allein die Aufgabe hat, die Interessen des ihn in den Beirat entsandt habenden Gesellschafters im Beirat zu vertreten, wird die Frage virulent, ob ein solches Beiratsmitglied bei schuldhaftem, die Gesellschaft schädigendem Fehlverhalten von der Gesellschaft auf Schadensersatz, nicht auf –

⁴³ Entsprechendes gilt, wenn das Beiratsmitglied die Interessen einer Gesellschaftergruppe im Beirat zu vertreten hat, die sich möglicherweise auf der Grundlage eines Poolvertrages gebildet hat.

nicht bestehender – vertraglicher Grundlage zur Gesellschaft, sondern auf der Grundlage entsprechender Anwendung der §§ 116, 93 AktG in Anspruch genommen werden kann. Ein solches Haftungsrisiko könnte ein Feststellungsinteresse des entsandten Beiratsmitglieds am Bestehen oder Nichtbestehen eines Beiratsbeschlusses begründen. Ob ein solches Haftungsrisiko eines von einem Gesellschafter oder einer Gesellschaftergruppe entsandten Beiratsmitglieds gegenüber der Gesellschaft auf der Grundlage einer entsprechenden Anwendung der §§ 116, 93 AktG besteht, ist höchstrichterlich nicht entschieden. Würde diese Frage zur Entscheidung gestellt, müsste eine solche Klage abgewiesen werden. Denn eine entsprechende Anwendung der Bestimmungen der §§ 116, 93 AktG als Anspruchsgrundlage (nicht Sorgfaltsmaßstab oder Regelung der Darlegungs- und Beweislast) setzte eine Interessenlage voraus, die mit der Haftung eines Aufsichtsratsmitglieds in einer Aktiengesellschaft vergleichbar ist. Als zusätzliche Voraussetzung müsste eine planwidrige Regelungslücke bestehen, die es gebietet, die §§ 116, 93 AktG im Wege einer Analogie entsprechend anzuwenden. Gerade daran fehlt es. Denn ein schuldhaftes, zum Schaden der Gesellschaft führendes Verhalten des Emittärs hat der Gesellschafter, der ihn entsandt hat, im Rechtssinne zu vertreten. Der Gesellschafter haftet aus schuldhafter Verletzung des Gesellschaftsvertrages durch seinen Erfüllungsgehilfen in Anwendung der Bestimmungen der § 280 BGB iVm § 278 BGB. Der Gesellschafter wird in diesem Fall auf der Grundlage des zwischen ihm und dem entsandten Beiratsmitglied bestehenden Schuldverhältnisses – regelmäßig wird es sich dabei um eine entgeltliche Geschäftsbesorgung handeln – regressieren können.

Von einer planwidrigen Regelungslücke, die es mangels vertraglicher Anspruchsgrundlagen gebieten könnte, ein solches Beiratsmitglied gegenüber der Gesellschaft auf der Grundlage einer entsprechenden Anwendung von §§ 116, 93 AktG haften zu lassen, kann deshalb keine Rede sein.

Weil ein solches Beiratsmitglied Haftungsrisiken aus schuldhaftem Fehlverhalten nur gegenüber seinem Auftraggeber hat, kann daraus kein Interesse an alsbaldiger Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Beiratsbeschlusses gegenüber der Gesellschaft, anderen Mitgliedern des Beirats oder dem Beirat selbst geltend gemacht werden. Denn ein Feststellungsinteresse muss gerade gegenüber demjenigen Bestehen, gegenüber dem es geltend gemacht wird.

*5. Entsprechende Anwendung der Grundsätze der Geltendmachung von
Beschlussmängeln eines Aufsichtsrats einer Aktiengesellschaft durch Mitglieder des
Aufsichtsrats auf Beschlussmängel eines fakultativen Beirats einer
GmbH & Co. KG durch Mitglieder des Beirats*

a) Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21.4.1997

Mit einer Entscheidung vom 21.4.1997 hat der Bundesgerichtshof sich auch mit der Frage beschäftigt, ob das Aufsichtsratsmitglied einer Aktiengesellschaft ein Rechtsschutzinteresse daran hat, die Nichtigkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen auf dem Klageweg feststellen zu lassen.⁴⁴

⁴⁴ BGHZ 135, 244; vgl. auch BGHZ 83, 144, 146; BGHZ 124, 111, 115.

Ausgangspunkt war dabei die Ansicht der Revisionsbeklagten, ein rechtliches Interesse an der Feststellung der Nichtigkeit eines Aufsichtsratsbeschlusses wegen eines Inhaltsmangels habe ein Aufsichtsratsmitglied allenfalls dann, wenn seine organschaftlichen Mitwirkungsrechte verletzt, jedenfalls verkürzt würden oder der Aufsichtsrat es ablehne, einem Beschluss der Hauptversammlung nachzukommen.

In der Begründung seiner Entscheidung ließ der Bundesgerichtshof dahin gestellt, ob sich das Rechtsschutzinteresse bereits aus dem persönlichen Interesse eines Aufsichtsratsmitglieds einer Aktiengesellschaft ergibt, sich von einem Beschluss dieses Organs zu distanzieren und möglichen Regressansprüchen nach § 116 AktG wegen der Mitwirkung an rechtswidrigem Organhandeln vorzubeugen.⁴⁵ In diesem Zusammenhang weist der Bundesgerichtshof in der zitierten Entscheidung zurecht darauf hin, dass die Regressgefahr ein rechtliches Interesse bei Lichte besehen nicht begründen könne. Eine solche lasse sich ohne weiteres durch die Dokumentation des Abstimmungsverhaltens abwehren. Stimme ein Aufsichtsratsmitglied gegen einen Beschluss des Aufsichtsrats, den es für rechtswidrig halte, oder für den Beschluss des Aufsichtsrats, den es für zwingend geboten halte, könne eine Verpflichtung dieses Aufsichtsratsmitglieds zum Schadenersatz nicht entstehen.⁴⁶

Das Feststellungsinteresse folge, so die Meinung des Bundesgerichtshofs zur Aktiengesellschaft, aber „aus der Organstellung der Aufsichtsratsmitglieder und ihrer sich daraus ergebenden gemeinsamen Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der von ihnen gefassten Beschlüsse“.⁴⁷

Wäre diese Rechtsauffassung des Bundesgerichtshofs zum rechtlichen Interesse an alsbaldiger Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Aufsichtsratsmitglieds zutreffend und könnten diese Grundsätze auf die Rechtsform der GmbH & Co. KG und einen dort gebildeten fakultativen Beirat übertragen werden, könnte sich daraus das Feststellungsinteresse eines Beiratsmitglieds ergeben, durch Urteil das Bestehen oder Nichtbestehen von Beiratsbeschlüssen festgestellt zu erhalten.

b) Stellungnahme zur Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21.4.1997

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs ist rechtsdogmatisch nicht plausibel begründet; unausgesprochen liegt dieser Entscheidung vermutlich das Ziel zugrunde, effektiven Rechtsschutz auch für den Fall fehlerhafter Aufsichtsratsbeschlüsse zu gewährleisten.

Die Begründung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 21.4.1997 ist widersprüchlich: Der zutreffende Rechtssatz des Bundesgerichtshofs, nach dem Aufsichtsratsmitglieder das Risiko, in Regress genommen zu werden, durch ihr Abstimmungsverhalten eliminieren könnten, steht in Widerspruch zu dem ebenfalls in dieser Entscheidung behaupteten Rechtssatz, dass sich das Feststellungsinter-

⁴⁵ BGHZ 135, 244, 248; vgl. auch Bork, ZIP 1991, 137, 146; Stodolkowitz, ZHR 154 (1990), 1, 18.

⁴⁶ BGHZ 135, 244, 248; Löwe, in Mehrbrey Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, 2013, § 53 Rn. 46; Reichert, in Sudhoff, GmbH & Co. KG, 6. Aufl. 2005, § 18 Rn. 116; Mutter, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 86.

⁴⁷ BGHZ 135, 244, 248; BGHZ 122, 342, 350.

resse „aus der Organstellung der Aufsichtsratsmitglieder und ihrer sich daraus ergebenden gemeinsamen Verantwortung [der Aufsichtsratsmitglieder] für die Rechtmäßigkeit der von ihnen gefassten Beschlüsse“ ergebe. Denn der Begriff der „Verantwortung“ impliziert grundsätzlich die Haftung des Verantwortlichen für den Fall eines schuldhaften Fehlverhaltens. „Verantwortung“ in dem vom Bundesgerichtshof gebrauchten Sinne, kann also nur dann plausibel zu einem rechtlichen Interesse an der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens von Aufsichtsratsbeschlüssen führen, wenn dadurch zugleich als zwangsläufige Folge der „Verantwortung“ das Risiko einer Haftung verbunden ist. Das aber ist nach zutreffender Meinung des Bundesgerichtshofs ja aber gerade nicht der Fall, wenn das Aufsichtsratsmitglied gegen einen rechtswidrigen Beschluss des Aufsichtsrates oder für einen rechtlich gebotenen Beschluss des Aufsichtsrates stimmt (vgl. IV.5.a). Deshalb kann jedenfalls auch die „Verantwortung“ als Vorstufe eines Risikos, in Haftung genommen zu werden, kein geeigneter Anknüpfungspunkt für ein Rechtsschutzinteresse eines Aufsichtsratsmitglieds sein.

Eine Kontrollüberlegung bestätigt dieses Ergebnis: Aufsichtsratsmitglieder haben gerade nicht dafür einzustehen, dass die Beschlüsse des Aufsichtsrats in jedem Fall wirksam und rechtmäßig sind. Aufsichtsratsmitglieder sind gerade nicht verpflichtet, im Sinne einer Einstandsverpflichtung für das Eintreten eines bestimmten Erfolgs und ungeachtet ihres eigenen Abstimmungsverhaltens dafür zu sorgen, dass das Gremium Aufsichtsrat in jedem Fall rechtmäßige Beschlüsse fasst. Völlig zurecht weist der Bundesgerichtshof in der zitierten Entscheidung vom 21.4.1997 darauf hin, dass ein Aufsichtsratsmitglied bei rechtmäßigem Abstimmungsverhalten Haftung nicht befürchten müsse, wenn er es unterlässt, einen Aufsichtsratsbeschluss mit einer Klage anzugreifen. Daraus folgt zugleich, dass die Mitglieder des Aufsichtsrats nicht für die rechtmäßige Beschlussfassung als solche „verantwortlich“ sind, sondern jedes Aufsichtsratsmitglied für sich nur für eigenes Verschulden bei Beratung oder Abstimmung einzustehen hat. Daran ändert die durch die §§ 116, 93 AktG angeordnete gesamtschuldnerische Haftung nichts. Denn diese löst das Prinzip des Erfordernisses eines individuellen Verschuldens jedes in Anspruch genommenen Aufsichtsratsmitglieds nicht auf. Solange aber der Gesetzgeber im formenstrengen Aktiengesetz keine Verpflichtung für das einzelne Aufsichtsratsmitglied implementiert, Beschlussmängel auf dem Rechtsweg geltend zu machen, kann aus dem Blickwinkel der als Vorstufe einer Haftung den einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern nicht zugewiesene Verantwortung für rechtmäßige Aufsichtsratsbeschlüsse⁴⁸ über die Rechtmäßigkeit des eigenen Beratungs- und Abstimmungsverhaltens hinaus auch kein rechtliches Interesse des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds an alsbaldiger Feststellung des Nichtbestehens oder Bestehens eines Beiratsbeschlusses abgeleitet werden.

Bei Lichte besehen hat der Bundesgerichtshof in der zitierten Entscheidung mit der dogmatischen Brechstange gearbeitet, um jedem Aufsichtsratsmitglied zu ermöglichen, Mängel von Aufsichtsratsbeschlüssen durch Feststellungsklage im Sinne von § 256 ZPO geltend machen zu können. Unausgesprochen dürfte dabei

⁴⁸ Im Sinne einer Garantiehafung für den Eintritt eines bestimmten Erfolgs, nämlich eines rechtmäßigen und wirksamen Aufsichtsratsbeschlusses.

die Überlegung federführend gewesen sein, eine effektive gerichtliche Kontrolle von Aufsichtsratsbeschlüssen nicht dadurch zu vereiteln, dass den Aufsichtsratsmitgliedern ein eigenes rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung von Mängeln eines Aufsichtsratsbeschlusses nicht zugebilligt wird. Unausgesprochen blieb dieser Gedanke, weil reine Zweckmäßigungs- und Effektivitätsüberlegungen mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung, der der Rechtsprechung bei der Rechtsfortbildung Grenzen setzt, gerade im positivistisch durchkomponierten und formstrengen Aktienrecht nicht durchweg mit Beifall belohnt wird.

c) Übertragbarkeit dieser Überlegungen der Rechtsprechung zur Aktiengesellschaft auf die Unternehmensverfassung einer GmbH & Co. KG

Die Überlegungen, mit denen der Bundesgerichtshof das Rechtsschutzinteresse eines Aufsichtsratsmitglieds an der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Aufsichtsratsbeschlusses begründet, könnten auf eine GmbH & Co. KG in ihrer Eigenschaft als Personenhandelsgesellschaft und einen dort gebildeten fakultativen Beirat und die Mitglieder desselben nur dann übertragen werden, wenn eine planwidrige Regelungslücke besteht, wenn die Verhältnisse vergleichbar sind, die sich daraus ergebende Interessenlage ähnlich oder identisch ist und die entsprechende Anwendung dieser Überlegungen geboten ist, um eine anderenfalls bestehende Regelungslücke zu vermeiden.

An einer Vergleichbarkeit der Verhältnisse fehlt es schon deshalb, weil zwischen einer Aktiengesellschaft als körperschaftlich verfasster Kapitalgesellschaft und einer mitgliederschaftlich verfassten Personenhandelsgesellschaft, auch wenn diese aufgrund der Stellung der Komplementär-GmbH innerhalb der Unternehmensverfassung der GmbH & Co. KG gelegentlich als kapitalistisch bezeichnet wird, fundamentale Unterschiede bestehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich nicht um eine Publikums-Kommanditgesellschaft handelt, in der sich Anleger zum Erwerb von Schiffen oder Ähnlichem und Beteiligungen daran zusammenschließen.

Im Gegensatz zum Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft und seinen Mitgliedern gibt es für die Tätigkeit eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG keine gesetzliche Grundlage. Infolgedessen ist der fakultative Beirat einer GmbH & Co. KG im Gegensatz zum Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft auch kein „Organ“.⁴⁹ Seine Existenz verdankt der Beirat allein den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen zwischen den mitgliederschaftsrechtlich ausgestalteten Vereinbarungen der Gesellschafter. Der Gesellschaftsvertrag rechtfertigt die Existenz des fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG, bestimmt dessen Aufgaben, dessen Rechte, dessen Pflichten, aber auch Aufgaben, Rechte und Pflichten der Mitglieder des Beirats. Der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG bildet aber zugleich die Grenze dessen, was der Beirat und seine Mitglieder zu fordern berechtigt sind. Gestützt auf den verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Privatautonomie bestimmen die Gesellschafter einvernehmlich, was der Beirat ihrer Gesellschaft und dessen Mitglieder dürfen oder gerade nicht dürfen. Das Beiratsmitglied über-

⁴⁹ Löwe, in Mehrbrey, Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, 2013, § 53 Rn. 3 iVm Fn. 6.

nimmt mit der Annahme seines Amtes grundsätzlich die Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft, die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Aufgaben und Pflichten eines Beiratsmitglieds der Gesellschaft gegen Zahlung der typischerweise durch die Gesellschafterversammlung festgesetzten Vergütung durch die Gesellschaft zu erfüllen. Ansprüche und Rechte können Beiratsmitglieder aus dem Gesellschaftsvertrag nur dann für sich ableiten, wenn dies im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich und im Sinne eines „echten“ Vertrages zu Gunsten Dritter (§ 328 BGB), beispielsweise auf Zahlung einer Vergütung, von den Gesellschaftern einvernehmlich bestimmt ist. Unmittelbar, sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebende Rechte und Ansprüche kann das Beiratsmitglied, das nicht zugleich Gesellschafter ist, nicht haben, weil es nicht Vertragspartner ist.

Aber auch die Stellung des einzelnen Aufsichtsratsmitglieds in der Unternehmensverfassung einer Aktiengesellschaft ist mit der Stellung eines Mitglieds eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG nicht vergleichbar.

Aus § 41 Abs. 1 AktG folgt, dass eine Aktiengesellschaft vor ihrer Eintragung in das Handelsregister nicht besteht. Die Eintragung ist für die Existenz der Aktiengesellschaft konstitutiv. Das für die Eintragung zuständige Gericht prüft gemäß § 38 Abs. 1 S. 1 AktG, ob die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist. Ist dies nicht der Fall, hat das Gericht die Eintragung gemäß § 38 Abs. 1 S. 2 AktG abzulehnen. Unerlässliche Voraussetzung für die Errichtung einer Aktiengesellschaft als Vor-AG ist gemäß § 30 Abs. 1 S. 1 AktG die Bestellung des ersten Aufsichtsrats. Zur ordnungsgemäßen Errichtung einer Aktiengesellschaft gehört außerdem gemäß § 33 Abs. 1 AktG die Prüfung des Hergangs der Gründung durch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats.⁵⁰ Kurz um: Ohne Aufsichtsratsmitglieder kein Aufsichtsrat, ohne Aufsichtsrat keine Aktiengesellschaft.⁵¹

Nach § 98 Abs. 2 Nr. 2 AktG kann jedes Aufsichtsratsmitglied beim Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat, gerichtliche Entscheidung darüber beantragen, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat zusammenzusetzen ist. Nach § 90 Abs. 3 S. 2 AktG kann jedes einzelne Mitglied des Aufsichtsrats Bericht an den Aufsichtsrat verlangen. Nach § 90 Abs. 5 AktG hat jedes Aufsichtsratsmitglied das Recht, von den Berichten des Vorstands Kenntnis zu nehmen. Soweit Berichte in Textform erstattet worden sind, sind die Berichte auch jedem Aufsichtsratsmitglied auf Verlangen zu übermitteln, soweit der Aufsichtsrat nichts anderes beschlossen hat (§ 90 Abs. 5 S. 2 AktG). Nach § 170 Abs. 3 AktG hat jedes Aufsichtsratsmitglied das Recht, von den Vorlagen des Vorstands zu Jahresabschluss und Lagebericht sowie dem Prüfungsbericht der Abschlussprüfer Kenntnis zu nehmen. Die Vorlagen und Prüfungsberichte sind nach § 170 Abs. 3 S. 2 AktG jedem Aufsichtsratsmitglied oder, soweit der Aufsichtsrat dies beschlossen hat, den Mitgliedern eines Ausschusses zu übermitteln.

Nach § 110 Abs. 1 AktG ist jedes Aufsichtsratsmitglied berechtigt, unter Angabe des Zwecks und der Gründe zu verlangen, dass der Vorsitzende des Aufsichtsrats unverzüglich den Aufsichtsrat einberuft. Für den Fall, dass dem Verlangen nicht

⁵⁰ Statt vieler Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 30 Rn. 1.

⁵¹ Aus diesem Grund ist der fakultative Beirat einer GmbH & Co. KG im Gegensatz zum Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft nicht „Organ“.

entsprochen wird, kann das Aufsichtsratsmitglied gemäß § 110 Abs. 2 AktG unter Mitteilung des Sachverhalts und der Angabe einer Tagesordnung den Aufsichtsrat selbst einberufen.⁵²

Der fundamentale Unterschied zwischen der Rechtstellung eines Mitglieds eines Aufsichtsrats und der eines Mitglieds eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG besteht infolgedessen darin, dass das Mitglied eines Aufsichtsrats für sich unentziehbare, sich unmittelbar aus dem Aktiengesetz ergebende Rechte und Ansprüche reklamieren kann, das Mitglied eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG kann ein eigenes rechtliches Interesse im Sinne von § 256 ZPO nur aus dem Rechtsverhältnis zur Gesellschaft oder aus dem Gesellschaftsvertrag im Sinne eines Vertrags zugunsten Dritter ableiten. Ist dem Beiratsmitglied dort nicht das Recht und die Pflicht eingeräumt, für rechtmäßige Beschlussergebnisse eintreten zu müssen, ungeachtet dessen, wie es selbst abgestimmt hat, kann das Beiratsmitglied für sich kein eigenes rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung des Nichtbestehens oder Bestehens eines Beiratsbeschlusses im Sinne von § 256 ZPO ableiten.

Selbst wenn die Verhältnisse vergleichbar und die Interessenlage ähnlich oder identisch wäre, könnten die Überlegungen des Bundesgerichtshofs zum Feststellungsinteresse von Aufsichtsratsmitgliedern nicht auf Beiratsmitglieder eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG übertragen werden. Denn eine solche Übertragung wäre aufgrund des Bestehens anderweitiger Möglichkeiten effektiven Rechtsschutzes nicht erforderlich. Denn jedem Gesellschafter der GmbH & Co. KG bleibt es unbenommen, gegenüber seinen Mitgesellschaftern das Bestehen oder Nichtbestehen eines Beiratsbeschlusses im Wege einer Feststellungsklage geltend zu machen. Denn es sind die Gesellschafter der GmbH & Co. KG, die die Herren des der Gesellschaft zugrunde liegenden Gesellschaftsvertrages, dessen Auslegung und Anwendung sind. Sind die Gesellschafter der Meinung, dass ein Beiratsbeschluss wirksam gefasst ist, können sie dies, vorausgesetzt es gibt Gesellschafter die anderer Meinung sind, gegen diese auf dem Rechtsweg festgestellt erhalten. Umgekehrt gilt selbstverständlich Entsprechendes. Gesellschafter, die einen Beiratsbeschluss für nichtig halten und nicht angewendet sehen wollen, können Klage auf Feststellung erheben, dass dieser Beiratsbeschluss nichtig ist. Infolgedessen gibt es kein Bedürfnis, eine insoweit nicht bestehende Lücke effektiven Rechtsschutzes bei Mängeln eines Beschlusses eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG zu schließen.

Im Aktienrecht liegen die Dinge anders: Hätte der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 21.4.1997 den Mitgliedern des Aufsichtsrats nicht die Befugnis eingeräumt, auf der Grundlage eines eigenen rechtlichen Interesses an alsbaldiger Feststellung das Bestehen oder Nichtbestehen von Aufsichtsratsbeschlüssen zum Gegenstand von Klagen vor den Zivilgerichten zu machen, hätte eine Rechtsschutzlücke gedroht. Fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse hätten nur dann von Mitgliedern des Aufsichtsrats angegriffen werden können, wenn diese in eigenen, sich aus dem Aktiengesetz ergebenden Rechte und Ansprüchen betroffen wären. Dies gilt umso mehr, als die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sich bis heute

⁵² Statt vieler zum Ganzen Hüffer, AktG, 10. Aufl. 2012, § 111 Rn. 1.

noch nicht endgültig festgelegt hat, ob der Vorstand oder seine Mitglieder auf der Grundlage eines eigenen rechtlichen Interesses berechtigt sind, Feststellungsklage im Sinne von § 256 ZPO gerichtet auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Aufsichtsratsbeschlusses zu erheben.⁵³ Die viel zitierten Entscheidungen des Bundesgerichtshofs⁵⁴ legen sich dazu entgegen zahlreicher Stimmen in der Literatur⁵⁵ dazu gerade nicht fest. So schreibt der Bundesgerichtshof zur Frage, ob der Gesellschaft ein solches Feststellungsinteresse zugebilligt wird, „*vielmehr wird man auch der Gesellschaft das Recht zur Erhebung einer entsprechenden Feststellungsklage zubilligen müssen*“.⁵⁶ Davon, dass auch das einzelne Vorstandsmitglied allein aufgrund seiner Organstellung ein solches Feststellungsinteresse haben kann, wie gelegentlich vertreten wird,⁵⁷ ist dort nichts zu lesen.

Vergleichbare Schwierigkeiten bei der Beantwortung der Frage nach effektivem Rechtsschutz kann es im Falle von Beschlüssen eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG, wie gezeigt, nicht geben. Und zwar schon deshalb nicht, weil die Gesellschafter durch nichts daran gehindert sind, gestützt auf den Gesellschaftsvertrag, die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Beiratsbeschlusses auf dem Klageweg geltend zu machen. Ein eigenes rechtliches Interesse daran haben Gesellschafter jeweils als Vertragspartner des Gesellschaftsvertrages der GmbH & Co. KG.

Deshalb gibt es keinen Anlass, aufgrund des Fehlens der dafür erforderlichen Voraussetzungen auch keine Möglichkeit, die Überlegungen des Bundesgerichtshofs zur Aktiengesellschaft auf die Unternehmensverfassung einer GmbH & Co. KG mit fakultativen Beirat zu übertragen.

Auch ein *argumentum ad absurdum* zeigt, dass Mitglieder eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG – mangels dahingehender ausdrücklicher Regelungen im Gesellschaftsvertrag – nicht berechtigt sein können, auf dem Rechtsweg Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Beiratsbeschlusses zu beantragen: Unterstellt, sämtliche Gesellschafter einer GmbH & Co. KG verständigten sich ausdrücklich darauf, einen Beiratsbeschluss als bestehend und wirksam zu betrachten, dann wäre es ersichtlich absurd, anzunehmen, dass ein Mitglied seines fakultativen Beirats, ohne zugleich Gesellschafter und damit Vertragspartner des Vertrages zu sein, dem er sein Amt verdankt, Klage erheben könnte mit dem Ziel, durch Urteil festgestellt zu erhalten, dass ein Beiratsbeschluss nicht besteht. In diesem Fall würde – salopp formuliert – der Schwanz mit dem Hund wackeln.

V. Beklagter einer Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Beschlusses des Beirats der GmbH & Co. KG

Die Frage, ob das Mitglied eines fakultativen Beirates einer GmbH & Co. KG ein rechtliches Interesse im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO daran haben kann, im

⁵³ Anders Spindler, in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 108 Rn. 75.

⁵⁴ BGHZ 135, 244; BGHZ 122, 342 ff., 352.

⁵⁵ Spindler, in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 108 Rn. 75.

⁵⁶ BGHZ 122, 342; § 352 Abs. 1 aE BGB.

⁵⁷ Spindler, in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl. 2010, § 108 Rn. 75.

Wege einer Klage vor den Zivilgerichten festgestellt zu erhalten, dass ein Beschluss des Beirats besteht oder nicht besteht, ist höchstrichterlich nicht entschieden. Soweit bekannt, gibt es lediglich eine nicht veröffentlichte instanzgerichtliche Entscheidung, die – freilich ohne nähere Begründung – angenommen hat, die Verhältnisse einer GmbH & Co. KG mit fakultativem Beirat seien mit denen einer Aktiengesellschaft in einer Weise vergleichbar, die es ermöglicht, dass die Grundsätze der Entscheidung des Bundesgerichtshof vom 21.4.1997 auch auf den fakultativen Beirat einer GmbH & Co. KG anzuwenden. Dies habe zur Folge, dass ein rechtliches Interesse des Beiratsmitglieds daran bestehe, festgestellt zu erhalten, dass ein Beschluss des Beirats bestehe oder eben nicht.⁵⁸

Hielte man diese Ansicht für zutreffend oder gibt es eine Vereinbarung unter den Gesellschaftern, die dem einzelnen Beiratsmitglied ausdrücklich das Recht einräumt, fehlerhafte Beschlüsse des Beirates im Sinne eines eigenen rechtlichen Interesses anzugreifen, ist zusätzlich die Frage zu beantworten, wen das Beiratsmitglied zu verklagen hätte. In Betracht kommen die Gesellschaft, die Gesellschafter, der Beirat und die Mitglieder des Beirats, jeweils mit der Einschränkung, dass diese nicht erklären, sich der Meinung des klagenden Beiratsmitglieds mit Blick auf den streitigen Beschluss des Beirats anzuschließen.

Auch zu dieser Frage gibt es keine gefestigte, höchst richterliche Rechtsprechung, die für die Praxis Rechtsicherheit schaffen würde. Vorherrschend insbesondere in der Literatur, bestätigt durch eine Entscheidung des OLG Karlsruhe, wird die Ansicht vertreten, dass die Klage auf Bestehen oder Nichtbestehen eines Beiratsbeschlusses gegen die Gesellschafter der als GmbH & Co. KG verfassten Personenhandelsgesellschaft zu richten ist.⁵⁹

Wie selbstverständlich nimmt das OLG Karlsruhe in der zitierten Entscheidung vom 30.12.1997 an, dass die Nichtigkeit eines fehlerhaften Beiratsbeschlusses im Wege der Feststellungsklage gegen diejenigen Gesellschafter geltend zu machen sei, die der beantragten Feststellung widersprechen.⁶⁰

Dabei kommt es auch nicht auf die Beantwortung der Frage an, ob es sich bei der GmbH & Co. KG um eine Publikumsgesellschaft handelt oder nicht. Dies ergibt sich aus den vergleichbaren Überlegungen der Rechtsprechung zur Geltendmachung von Beschlussmängeln der Gesellschafterversammlung einer Publikumsgesellschaft gegenüber den Gesellschaftern oder gegenüber der Gesellschaft. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu dieser Frage sind Beschlussmängel von Gesellschafterbeschlüssen in einer GmbH & Co. KG grundsätzlich gegenüber den Gesellschaftern geltend zu machen. Anderes gilt nur dann, wenn die Gesellschafter dies im Gesellschaftsvertrag vereinbart hatten.⁶¹ Anschaulich führt der Bundesgerichtshof in der zitierten Entscheidung Folgendes aus:

⁵⁸ LG Ravensburg vom 20.12.2013 – 8 O 27/13 KfH.

⁵⁹ OLG Karlsruhe, GmbHR 1998, 645; Löwe, in Mehrbrey, Handbuch Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten 2013, § 53 Rn. 35; Mutter, in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2009, § 8 Rn. 63 ff., insbesondere Rn. 67; vgl. auch Hopt, in Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 163 Rn. 12, der eine Klage eines Gesellschafters auf Durchführung eines Beiratsbeschlusses gegen die Mitgesellschafter für möglich hält.

⁶⁰ OLG Karlsruhe, GmbHR 1998, 645.

⁶¹ BGH, NJW 1999, 3113.

„An sich zutreffend weist das Berufungsgericht ferner auf die allgemein unzumutbaren Schwierigkeiten hin, die mit der Notwendigkeit einer prozessualen Auseinandersetzung des Klägers mit der Mehrheit von nahezu 250 Mitgesellshaftern verbunden wären und die zu einer faktischen Rechtslosstellung führen würden, obwohl die Beschlusskontrollklage gegen seinen Ausschluss an sich zu seinen unverzichtbaren und unerziehbaren Rechten gehört (...). **Diese Gesichtspunkte belegen indessen allenfalls die Notwendigkeit einer entsprechenden Zuständigkeitsverlagerung auf die Gesellschaft durch Einföngung einer derartigen Klausel in den Vertrag, lassen aber allein nicht den sicheren Schluss zu, dass der Vertrag auch einen derartigen Inhalt tatsächlich hat**“.

Die vorstehenden Überlegungen des Bundesgerichtshofs in seinem Urteil vom 7.6.1999 zeigen also, dass auch bei einer Publikumsgesellschaft diese Eigenschaft als solche nicht genügt, um den einzelnen Gesellschaftern die Möglichkeit zu eröffnen, gegen die Gesellschaft zu prozessieren, statt gegen die Gesellschafter. Erforderlich ist eine zusätzliche Verankerung im Gesellschaftsvertrag.

Diese Überlegung muss erst recht für die Verhältnisse einer GmbH & Co. KG gelten, die keine Publikumsgesellschaft ist.

Bei der Frage, ob ein Beiratsbeschluss im Sinne eines Rechtsverhältnisses nach § 256 Abs. 1 ZPO besteht oder nicht besteht, geht es um das Verhältnis der Gesellschafter und Eigentümer der Gesellschaft zu- und untereinander auf der Grundlage der von ihnen gesellschaftsvertraglich vereinbarten Organisationsverfassung der Gesellschaft. Sie sind die Herren über diesen Streitgegenstand. Sie sind infolgedessen auch die richtigen Beklagten einer Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Beiratsbeschlusses. Es ist kein Grund ersichtlich, die Gesellschaft als richtige Beklagte anzusehen. Sie ist nicht Herrin über den Streitgegenstand, nämlich ob ein Beiratsbeschluss auf der Grundlage der gesellschaftsvertraglichen Organisationsverfassung ordnungsgemäß zustande gekommen ist oder eben nicht.

Diese Überlegungen gelten erst recht für die Frage, ob der Beirat oder die anderen Beiratsmitglieder auf die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Beiratsbeschlusses verklagt werden können. Dies gestattet auch einen Rückschluss auf die Frage, ob ein einzelnes Beiratsmitglied eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG ein eigenes rechtliches Interesse im Sinne des § 256 ZPO haben kann. Wäre dies der Fall, müssten konsequenterweise dann auch die Mitglieder des Beirats, die sich nicht der Meinung des opponierenden Beiratsmitglieds anschließen, richtige Beklagte der Feststellungsklage sein. Dann wäre das gesellschaftsfremde Eigenleben des fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG und seiner Mitglieder perfekt, ohne dass irgendeiner der Prozessbeteiligten Gesellschafter und Vertragspartner des Gesellschaftsvertrages wäre, aus dem sie ihr Amt verdanken.

VI. Zusammenfassung

1. Mangels anderweitiger Bestimmungen hat das Mitglied eines fakultativen Beirats einer GmbH & Co. KG mit üblichem Aufgabenspektrum, Überwachung und Beratung der Geschäftsföngung sowie Beratung der *Gesellschafter grundsätz-*

lich kein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Beiratsbeschlusses im Sinne von § 256 Abs. 1 ZPO. Ein solches Interesse gewährt weder der Gesellschaftervertrag, auch nicht im Sinne eines Vertrags zu Gunsten Dritter, noch eine entsprechende Anwendung der Überlegungen des Bundesgerichtshofs zur Anfechtbarkeit von Aufsichtsratsbeschlüssen durch Mitglieder des Aufsichtsrats.

2. Ausnahmsweise kann ein solches Interesse eines Beiratsmitglieds bestehen, wenn der Beirat auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrages berechtigt ist, in den Grenzen des § 315 BGB selbst über die Höhe der ihm zustehenden Vergütung zu entscheiden oder wenn der Beirat ausweislich des Gesellschaftsvertrages über die Frage zu entscheiden hat, ob die Geschäftsführung mit Wirkung für die Gesellschaft berechtigt ist, mit einem Beiratsmitglied Verträge abzuschließen, die das Beiratsmitglied zu Leistungen verpflichtet, zu denen es nicht bereits aufgrund seiner Stellung als Mitglied des Beirats gegenüber der Gesellschaft verpflichtet ist.
3. Besteht aufgrund Gesellschaftsvertrages ein dahingehendes rechtliches Interesse an alsbaldiger Feststellung eines Beiratsmitglieds am Bestehen oder Nichtbestehen eines Beiratsbeschlusses, ist eine solche Klage ohne davon abweichender gesellschaftsvertraglicher Regelung gegen die Gesellschafter zu richten und nicht gegen die Gesellschaft als solche.