



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

II ZR 364/18

Verkündet am:  
8. Januar 2019  
Stoll  
Amtsinspektorin  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: ja  
BGHR: \_\_\_\_\_ ja

AktG § 179a; GmbHG § 37 Abs. 1

- a) § 179a AktG ist auf die GmbH nicht analog anwendbar.
- b) Die Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH ist ein besonders bedeutsames Geschäft, zu dessen Vornahme der Geschäftsführer einen zustimmenden Beschluss der Gesellschafterversammlung herbeiführen muss, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag einen entsprechenden Zustimmungsvorbehalt nicht enthält.
- c) Missachtet der Geschäftsführer bei der Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH einen im Gesellschaftsvertrag geregelten oder aus der besonderen Bedeutsamkeit des Geschäfts abgeleiteten Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung, kann der Vertragspartner der GmbH aus dem formal durch die Vertretungsmacht des Geschäftsführers gedeckten Geschäft keine vertraglichen Rechte oder Einwendungen herleiten, wenn er den Missbrauch der Vertretungsmacht kennt oder er sich ihm geradezu aufdrängen muss, selbst wenn das Geschäft der Gesellschaft nicht zum Nachteil gereicht.

BGH, Urteil vom 8. Januar 2019 - II ZR 364/18 - OLG Brandenburg  
LG Frankfurt (Oder)

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Januar 2019 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Drescher, die Richter Born und Sunder sowie die Richterin B. Grüneberg und den Richter V. Sander

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Brandenburgischen Oberlandesgerichts vom 29. März 2018 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist eine GmbH. Ihre beiden Gesellschafter, Bä. und Ba. , hielten jeweils einen Geschäftsanteil mit einem Nennbetrag von 12.500 € an dem Stammkapital der Klägerin. Gegenstand des Unternehmens der GmbH war im Wesentlichen der Handel mit sowie die Herstellung, Montage und Reparatur von Türen und Fenstern. Die Klägerin ist Eigentümerin eines Betriebsgrundstücks, auf dem produziert wurde und auf dem sich die Werkzeuge und Maschinen der Klägerin befanden. Die Gesellschafter der Klägerin beschlossen am 18. Dezember 2013 die Auflösung der Gesellschaft zum 31. Dezember 2013. Die beiden Gesellschafter wurden alleinvertretungsberechtigte Liquidatoren.

2 Die Gesellschafter der Klägerin beabsichtigten, das Betriebsgrundstück im Rahmen der Liquidation zu veräußern. Zwischen den Parteien ist streitig, ob darüber in der Gesellschafterversammlung vom 18. Dezember 2013 ein Beschluss gefasst worden ist. Bä. zeigte sich am Erwerb des Betriebsgrundstücks interessiert. Ba. ließ über einen Makler und einen Rechtsanwalt Kaufvertragsverhandlungen mit dem Beklagten führen. Mit Schreiben vom 4. August 2014 erklärte sich Bä. gegenüber Ba. bereit, die Immobilie zum Preis von 230.000 € zu erwerben. Danach erhöhte der Beklagte sein Gebot auf 235.000 €. Mit Schreiben vom 20. August 2014 erklärte Bä., dass er unter gewissen Voraussetzungen bereit sei, auch einen Kaufpreis von 235.000 € zu akzeptieren. Zudem bat er seinen Mitgesellschafter Ba. um eine kurzfristige Bestätigung, dass das Grundstück nicht an einen Dritten veräußert werde. Am 16. September 2014 schlossen die Klägerin, vertreten durch den Liquidator Ba. und der Beklagte einen Kaufvertrag über das Betriebsgrundstück und vereinbarten einen Kaufpreis in Höhe von 235.000 €. Am 15. Oktober 2014 wurde eine Auflassungsvormerkung zu Gunsten des Beklagten eingetragen. Die Klägerin behauptet, dass Bä. bereits mit Schreiben vom 18. Juli 2014 dem Beklagten gegenüber mitgeteilt habe, dass er dem Verkauf des Grundstücks nicht zustimme und es an einem entsprechenden Gesellschafterbeschluss fehle. Jedenfalls, so die Klägerin, habe der Beklagte grob fahrlässig die Augen davor verschlossen, dass Ba. seine Vertretungsmacht missbraucht habe.

3 Das Landgericht hat der Klage auf Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung stattgegeben, weil der Kaufvertrag in Ermangelung einer nach § 179a AktG erforderlichen Zustimmung unwirksam sei. Das Berufungsgerecht hat das landgerichtliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision begehrt die Klägerin die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

4 Die Revision der Klägerin hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

5 I. Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

6 Der zwischen den Parteien am 16. September 2014 geschlossene Kaufvertrag sei nicht in entsprechender Anwendung von § 179a Abs. 1 AktG unwirksam. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, der sich der Senat anschließen, komme die entsprechende Anwendung der Vorschrift allenfalls dann in Betracht, wenn eine Gesellschaft ihr gesamtes Vermögen veräußere, ohne dass über die Fortführung des Geschäftsbetriebs durch die Gesellschafter zuvor entschieden worden sei. Die Veräußerung des Unternehmens bedeute regelmäßig die Einstellung des Geschäftsbetriebs; die Gesellschaft verliere damit ihre Eigenschaft als werbendes Unternehmen, was nur durch Beschluss der Gesellschafter über eine Satzungsänderung herbeigeführt werden könne. Die Vertretungsmacht der geschäftsführenden Gesellschafter decke die beschriebene Veräußerung der Grundlagen des Geschäftsbetriebs nicht. Eine für die analoge Anwendung einer Vorschrift erforderliche Regelungslücke fehle aber jedenfalls dann, wenn - wie hier - die Liquidation der Gesellschaft und auch die Veräußerung wesentlicher Teile des Unternehmens von der Gesellschafterversammlung bereits beschlossen sei. Dann stehe die Verletzung von Bestands- und Vermögensinteressen der Gesellschafter in Bezug auf die Fortführung des Geschäftsbetriebs nicht mehr in Frage. Die Parteien hätten durch Beschluss der Gesellschafter vom 18. Dezember 2013 bereits eine Entscheidung über die Liquidation des Unternehmens getroffen. Einigkeit habe zum Zeitpunkt der Veräußerung auch über die Frage des Verkaufs des Grundstücks zu einem möglichst hohen Preis bestanden. Zwischen den Parteien sei zwar streitig, ob die im Entwurf des Gesellschafterversammlungsprotokolls vom 18. Dezember 2014 aufgeführten

Beschlüsse, die Vorgaben für den Abschluss eines Grundstückskaufvertrags enthielten, ebenfalls gefasst worden seien. Beide Gesellschafter hätten aber jedenfalls Einigkeit darüber erzielt, dass das Betriebsgrundstück veräußert werden solle. Die Veräußerung bedeute daher für die Gesellschaft keinen Entzug der Unternehmensgrundlage ohne ausdrückliche Ermächtigung ihrer Gesellschafter. Vielmehr hätten sie mit dem Beschluss über die Auflösung und Bestellung der Liquidatoren gerade die Grundlage dafür geschaffen, die laufenden Geschäfte zu beenden, die Verpflichtungen der aufgelösten Gesellschaft zu erfüllen und das Vermögen in Geld umzusetzen.

7

Der Wirksamkeit des mit dem Beklagten geschlossenen Kaufvertrags stehe schließlich auch nicht ein Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Liquidator Ba. entgegen. Maßgeblich sei, inwieweit dem Beklagten der Widerspruch des Gesellschafters Bä. gegen die Veräußerung an ihn, den Beklagten, und die Notwendigkeit einer Abstimmung der Gesellschafter über den Erwerb bekannt gewesen sei. Im Ergebnis der Beweisaufnahme sei der Senat nicht überzeugt, dass der Beklagte bei Abschluss des Kaufvertrags Kenntnis von der fehlenden Zustimmung des Gesellschafters Bä. zum Verkauf an ihn und über die daraus folgende Notwendigkeit der Herbeiführung eines Gesellschafterbeschlusses gehabt habe.

8

II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand. Mit der gegebenen Begründung kann die Abweisung der Klage unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht keinen Bestand haben.

9

1. Im Ergebnis zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings einen Anspruch auf Bewilligung der Löschung der Auflassungsvormerkung mit der Begründung verneint, der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch sei nicht deshalb nicht entstanden, weil eine in entsprechender Anwendung des § 179a

AktG erforderliche Zustimmung der Gesellschafterversammlung der Klägerin fehle. § 179a AktG ist auf die GmbH nicht analog anwendbar.

10

a) Ein Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichtet, ohne dass die Übertragung unter die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes fällt, bedarf nach § 179a Abs. 1 Satz 1 AktG auch dann eines Beschlusses der Hauptversammlung nach § 179 AktG, wenn damit nicht eine Änderung des Unternehmensgegenstands verbunden ist. Der Zustimmungsbeschluss der Hauptversammlung ist Wirksamkeitserfordernis des schuldrechtlichen Übertragungsvertrags. Das hat der Senat bereits zu § 361 AktG 1965 entschieden (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1982 - II ZR 174/80, BGHZ 83, 122, 128 - Holzmüller; Urteil vom 9. Januar 1995 - II ZR 24/94, ZIP 1995, 278, 279; Urteil vom 26. April 2004 - II ZR 155/02, BGHZ 159, 30, 42 - Gelatine I). Die Qualifizierung des Hauptversammlungsbeschlusses als Wirksamkeitserfordernis gilt aber nicht nur für § 361 AktG 1965, sondern auch für § 179a AktG, obwohl der Normtext das Wort "wirksam" nicht mehr enthält. Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit der sprachlichen Veränderung eine Änderung auf der Rechtsfolgenseite der Norm beabsichtigt hat (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 2006 - II ZR 46/05, BGHZ 169, 221 Rn. 19). Dementsprechend hält die weit überwiegende Auffassung im Schrifttum das Verpflichtungsgeschäft ohne Hauptversammlungsbeschluss zu Recht zunächst für schwebend unwirksam nach § 177 BGB. Verweigert die Hauptversammlung ihre Zustimmung, ist der Vertrag endgültig unwirksam (vgl. Bayer/Lieder/Hoffmann, AG 2017, 717, 722; Broucker/Schulenburg, BB 2015, 1993; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 302; Hüren, RNotZ 2014, 77, 84; Weber, DNotZ 2018, 96, 97 f., 99; Werner, GmbHR 2018, 888, 893; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 30 V 2 a, S. 927; Stellmann/Stoeckle, WM 2011, 1983, 1987; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 179a Rn. 1 und 13; Ehmann in Grigoleit, AktG, 2013, § 179a Rn. 4; Wachter in Wachter, AktG, 3. Aufl., § 179a

Rn. 7; Holzborn in Spindler/Stilz, AktG, 3. Aufl., § 179a Rn. 7 und 16; KK-AktG/Zetzsche, 3. Aufl., § 179a Rn. 47, 83; MünchKommAktG/Stein, 4. Aufl., § 179a Rn. 33, 35, 40). Eine Mindermeinung verneint die Außenwirkung des fehlenden Hauptversammlungsbeschlusses (Scheel, Festschrift Wegen, 2015, S. 297, 308 f.) oder bejaht diese nur, wenn auf der Seite des Vertragspartners Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis hinzukommt (Servatius, Festschrift Stilz, 2014, 601, 606 f.; differenzierend Brocker/Schulenburg, BB 2015, 1993, 1997).

11

Das Berufungsgericht hat es dahinstehen lassen, ob es sich bei dem verkauften Betriebsgrundstück, wie vom Landgericht angenommen, um das ganze Gesellschaftsvermögen der Klägerin im Sinne des § 179a AktG gehandelt hat. Dies kann auch in der Revisionsinstanz dahinstehen. Ein Anspruch der Klägerin auf Zustimmung zur Löschung der Auflassungsvormerkung wegen Unwirksamkeit des Kaufvertrags über das Betriebsgrundstück in entsprechender Anwendung des § 179a AktG kommt nicht in Betracht, weil § 179a AktG auf die GmbH nicht analog anwendbar ist.

12

b) Diese Rechtsfrage wird allerdings nicht einheitlich beantwortet. Das überwiegende Schrifttum befürwortet eine analoge Anwendung des § 179a AktG auf die GmbH (Decker, NZG 2018, 447, 448; Heidinger/Blath in Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl., Kap. 13 Rn. 24; Weber in Hölter, Handbuch Unternehmenskauf, 2019, Rn. 9.165; Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 53 Rn. 3; Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl., § 53 Rn. 18; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 53 Rn. 26 Fn. 27; Leitzen in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 53 Rn. 11; ders., NZG 2012, 491, 493; Schnorbus in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 53 Rn. 24; Hoffmann in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 53 Rn. 165; Münch-

KommGmbHG/Harbarth, 3. Aufl., § 53 Rn. 229; Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl., § 53 Rn. 176; Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl., § 53 Rn. 38, 164 zu § 361 AktG 1965; Ulmer/Casper in Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., § 53 Rn. 165, 167). Dies wird damit begründet, dass es sich bei der Norm um den Ausdruck eines verallgemeinerungsfähigen Prinzips des Verbandsrechts handle (Bayer/Lieder/Hoffmann, AG 2017, 717, 718; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 30 V 2 c, S. 929; Seibt in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 179a Rn. 4; KK-AktG/Zetsche, 3. Aufl., § 179a Rn. 23). Die Gesellschafter einer GmbH seien in gleicher Weise schutzwürdig wie die Aktionäre einer Aktiengesellschaft (Hüren, RNotZ 2014, 77, 86; Lutter, Festschrift Werner, 1984, 477, 482; Stellmann/Stoeckle, WM 2011, 1983 f.; Weber, DNotZ 2018, 96, 120 f.). Es gebe keine relevanten Unterschiede, die der Übertragbarkeit entgegenstünden (Hüren, RNotZ 2014, 77, 86; Werner, GmbHR 2018, 888, 889).

13

Auf der anderen Seite wird ein Analogieschluss vor allem im Hinblick auf den Ausnahmecharakter der Vorschrift und die geringere Schutzbedürftigkeit von Gesellschaftern einer GmbH abgelehnt (Bredthauer, NZG 2008, 816, 819; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 307 ff.; MünchHdbGesR III/Marquardt, 5. Aufl., § 22 Rn. 114 Fn. 249; Scheel, Festschrift Wegen, 2015, S. 297, 310 f.; Servatius, Festschrift Stilz, 2014, 601, 607 ff.; Meyer-Landrut in Meyer-Landrut/Miller/Niehus, GmbHG, 1987, § 53 Rn. 9; KK-AktG/Kraft, 2. Aufl., § 361 Rn. 4; Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, Stand: 1993, § 361 Rn. 11; kritisch auch Hadding, Festschrift Lutter, 2000, 851, 857 f., 863). Eine Analogie sei jedenfalls bei Projektgesellschaften abzulehnen (Zintl/Singbartl, GWR 2015, 375, 377). Zudem werden Zweifel im Hinblick auf die Vorgaben der Publizitätsrichtlinie angemeldet (Bredthauer, NZG 2008, 816, 819; Servatius, Festschrift Stilz, 2014, 601, 606 f.; aA Hüren, RNotZ 2014, 77, 86; Werner, GmbHR 2018, 888, 889; KK-AktG/Zetsche, 3. Aufl., § 179a Rn. 83). Vereinzelt wird § 179a AktG



bei analoger Anwendung die Außenwirkung abgesprochen (Weitnauer, GWR 2018, 1, 3).

14 c) § 179a AktG ist auf die GmbH nicht analog anzuwenden. Eine Analogie setzt voraus, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH, Urteil vom 3. Februar 2015 - II ZR 105/13, ZIP 2015, 778 Rn. 11; Beschluss vom 29. September 2015 - II ZB 23/14, BGHZ 207, 114 Rn. 23; Urteil vom 13. März 2018 - II ZR 158/16, ZIP 2018, 870 Rn. 31 z.V.i. BGHZ bestimmt; Urteil vom 18. September 2018 - II ZR 312/16, ZIP 2018, 2024 Rn. 58 z.V.i. BGHZ bestimmt). Das ist nicht der Fall. Die Einflussmöglichkeiten von Gesellschaftern einer GmbH auf die Geschäftsführung sind wesentlich stärker ausgeprägt als diejenigen der Aktionäre. Im Hinblick auf die hieraus folgende geringere Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter einer GmbH vor Alleingängen der Geschäftsführer ist die systemfremde Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers mit Außenwirkung und die damit einhergehende Beeinträchtigung des redlichen Rechtsverkehrs, mit der Rechtsunsicherheit hervorgerufen und Haftungsrisiken geschaffen werden, nicht gerechtfertigt.

15 aa) Entgegen einem vorherrschenden Verständnis im Schrifttum hat der Senat die analoge Anwendung des § 179a AktG auf die GmbH nicht bereits bejaht (so aber Bredthauer, NZG 2008, 816, 818; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 308; Hüren, RNotZ 2014, 77, 85; Stellmann/Stoeckle, WM 2011, 1983; Weber, DNotZ 2018, 96, 97). Der Senat hat lediglich in einer, eine Kommanditgesellschaft betreffende Entscheidung referiert, dass die herrschende Meinung den Rechtsgedanken des § 361 Abs. 1 AktG 1965 auf die GmbH für entsprechend anwendbar halte (BGH, Urteil vom 9. Januar 1995 - II ZR 24/94, ZIP 1995, 278, 279; so bereits in BGH, Urteil vom 8. Juli 1991 - II ZR 246/90, ZIP

1991, 1066 f.). § 361 Abs. 1 AktG 1965 schreibe für einen Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichte, das Erfordernis der Zustimmung der Hauptversammlung vor, weil die Veräußerung des gesamten Unternehmens auch die Einstellung des Geschäftsbetriebs bedeute, und, wenn das nicht zur Auflösung zwingt, zu einer Änderung des Gesellschaftszwecks führe. Der Senat hat angenommen, dass dieser Rechtsgedanke von § 361 Abs. 1 AktG 1965 auch für das Personengesellschaftsrecht zutreffe.

16

bb) Die Gesetzgebungsgeschichte gibt keinen Anhaltspunkt für eine analoge Anwendung von § 179a AktG auf die GmbH.

17

(1) Die aktienrechtliche Gesetzesentwicklung zeigt lediglich einen auf die Aktionäre ausgerichteten Schutzzweck der Vorschrift.

18

Die historische Ausgangsvorschrift von § 179a AktG sollte nach dem Willen des Gesetzgebers zunächst vor allem den Schutz der Gläubiger bezwecken. Die Normgeschichte reicht zurück bis zum Handelsgesetzbuch von 1897. § 303 Abs. 1 Satz 1 HGB 1897 machte eine Verwertung des Gesellschaftsvermögens durch Veräußerung des Vermögens im Ganzen von einem Beschluss der Generalversammlung abhängig. Nach § 303 Abs. 2 HGB 1897 hatte der Beschluss zugleich die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, sofern sie nicht bereits aufgelöst war. Nach der Denkschrift zum HGB ging der Gesetzesentwurf davon aus, dass die Übertragung des Vermögens im Ganzen eine besondere Art der Liquidation darstelle, bei der "namentlich die Maßregeln, welche die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen zu sichern bestimmt sind, zu entsprechender Anwendung kommen müssen." Daher hatte der Vorstand alsbald nach der Genehmigung der Vermögensübertragung durch die Gesellschafterversammlung die Auflösung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und ein besonderes, auf die Vermögensübertragung zugeschnittenes Liquidationsverfahren wurde in Gang gesetzt (vgl. Schu-

bert/Schmiedel/Krampe, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. II, 2. Hb., 1988, 1087 f.).

19

Dieser Schutzzweck änderte sich mit Erlass des Aktiengesetzes im Jahr 1937. § 255 AktG 1937 löste den zwingenden Zusammenhang zwischen Vermögensübertragung und Auflösung auf. Der Beschluss der Hauptversammlung über die Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens führte nun nicht mehr zur Auflösung der Aktiengesellschaft. Ein Beschluss über die Auflösung der Gesellschaft aus Anlass der Übertragung blieb möglich. Der Gesetzgeber war der Auffassung, dass "eine einmal erfolgte Zusammenfassung von Kapital der Wirtschaft zu erhalten und nicht ohne zwingenden Grund" aufzulösen sei (Klausing, Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien nebst EinführungsG und "Amtlicher Begründung", 1937, S. 219). Das qualifizierte Zustimmungserfordernis der Hauptversammlung zur Vermögensübertragung diente, da diese nunmehr nicht mehr zwingend mit der Auflösung der Gesellschaft und einer deshalb erforderlichen Beteiligung der Hauptversammlung verbunden war, nur noch dem Schutz der Aktionäre (vgl. Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 300; Scheel, Festschrift Wegen, 2015, S. 297, 299; BGH, Urteil vom 25. Februar 1982 - II ZR 174/80, BGHZ 83, 122, 128 - Holz-müller; Urteil vom 16. November 1981 - II ZR 150/80, BGHZ 82, 188, 195 f.).

20

Der darauf folgende § 361 AktG 1965 sollte nach der Gesetzesbegründung im Wesentlichen dem bisherigen Recht entsprechen (vgl. Entwurf eines Aktiengesetzes, BT-Drucks. IV/171, 253 zu § 349 AktG). In § 361 Abs. 2 AktG 1965 wurden zudem erstmals Informationspflichten zugunsten der Aktionäre eingeführt, die weitgehend mit den heute in § 179a Abs. 2 AktG geregelten übereinstimmten. Unverändert blieb, dass die gleichzeitige Auflösung der Gesellschaft lediglich mögliche, nicht aber notwendige Komponente der Regelung war. Ihren jetzigen Standort hat die Vorschrift durch Art. 6 Nr. 3 des Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts vom 28. Oktober 1994 erhalten

(BGBl. 1994 I, S. 3210, 3260 f., 3263). Der Gesetzgeber sah den wesentlichen Zweck des § 361 AktG 1965 und des ihm nachfolgenden § 179a AktG darin, die Zuständigkeit der Hauptversammlung für den Fall zu begründen, dass sich die wirtschaftliche Struktur des Unternehmens der Aktiengesellschaft ändere, ohne dass die Zuständigkeit der Hauptversammlung schon aus anderen Gründen, etwa durch das Erfordernis einer Satzungsänderung infolge Veränderung des Unternehmensgegenstandes, gegeben sei (BT-Drucks. 12/6699, S. 177).

21

(2) Die Einführung einer § 179a AktG bzw. § 361 AktG 1965 entsprechenden Vorschrift in das GmbHG ist gescheitert. § 286 des Regierungsentwurfs zu einem GmbHG von 1973 enthielt eine der aktienrechtlichen Regelung entsprechende Vorschrift zur Vermögensübertragung. Mit Rücksicht auf die sonstigen Informationsrechte des GmbH-Gesellschafters hielt der Gesetzgeber allerdings eine den Anforderungen des § 361 Abs. 2 AktG 1965 entsprechende Offenlegung und Erläuterung des Vertrags bei der GmbH für entbehrlich (Entwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, BT-Drucks. VII/253, S. 229). Aus der fehlenden Umsetzung der GmbH-Reform wird vereinzelt gefolgert, dass eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Regelung daran scheitere, dass der Gesetzgeber eine eigenständige gesetzliche Regelung für die GmbH für notwendig erachtet und nicht umgesetzt habe (Bredthauer, NZG 2008, 816, 819; Meyer-Landrut in Meyer-Landrut/Miller/Niehus, GmbHG, 1987, § 53 Rn. 9). Für die Beantwortung der Frage nach einer analogen Anwendung des § 179a AktG lassen sich indes weder dem Umstand des Scheiterns der GmbHG-Reform noch der Begründung des Regierungsentwurfs Anhaltspunkte entnehmen (vgl. Hüren, RNotZ 2014, 77, 86; Lutter, Festschrift Werner, 1984, 477, 481 f.; Packi, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, 2011, S. 237).

22

cc) Einen Sinn und Zweck der Vorschrift berücksichtigende Interessenabwägung zwischen dem Schutz des Gesellschafterinteresses und dem Schutz

des redlichen Rechtsverkehrs bei einer Gesamtvermögensveräußerung führt zu einem gegen die analoge Anwendung des § 179a AktG sprechenden Abwägungsergebnis. Die analoge Anwendung der systemfremden Beschränkung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis verursacht Rechtsunsicherheit und ist mit Haftungsrisiken verbunden. Nach den gesetzlichen Rahmenbedingungen können aber Gesellschafter einer GmbH die Geschäftsführung in deutlich wirksamerem Maße bestimmen und kontrollieren als Aktionäre. Mit der stärkeren Machtposition korrespondiert eine geringere Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter einer GmbH, so dass eine nicht gesetzlich verankerte Einschränkung des redlichen Rechtsverkehrs zu Lasten Dritter nicht gerechtfertigt werden kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Schutzzweck des § 179a AktG bei der GmbH in Teilbereichen auf andere Weise gewahrt wird.

23

(1) Sinn und Zweck des § 179a AktG werden allerdings nicht übereinstimmend beurteilt.

24

Eine neuere Auffassung im Schrifttum sieht die Mitwirkungsbefugnis der Aktionäre bei das bisherige Geschäftskonzept beeinträchtigenden wesentlichen Änderungen der Vermögensstruktur geschützt (Scheel, Festschrift Wegen, 2015, S. 297, 302 f.; ablehnend Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 302). Nach der Rechtsprechung des Senats und einer im Schrifttum überwiegend vertretenen Auffassung soll die Dispositionsfreiheit der Aktionäre gewahrt werden, indem das Gesetz sie durch das Zustimmungserfordernis davor schütze, dass die Verwaltung ohne ihren Willen das Vermögen der Aktiengesellschaft, das die Grundlage ihrer satzungsmäßigen Unternehmenstätigkeit bilde, aus der Hand gebe oder fremden Einflüssen unterwerfe (BGH, Urteil vom 25. Februar 1982 - II ZR 174/80, BGHZ 83, 122, 128 - Holzmüller; Urteil vom 16. November 1981 - II ZR 150/80, BGHZ 82, 188, 195 f.; Bocker/Schulenburg, BB 2015, 1993, 1994; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 302; Hüren, RNotZ 2014, 77, 78; Reh binder, ZGR 12 (1983), 92, 95; Servatius, Festschrift Stilz, 2014, 601, 603;

Stellmann/Stoeckle, WM 2011, 1983, 1986; Timm, AG 1980, 172, 175; Weber, DNotZ 2018, 96, 109; Werner, GmbHR 2018, 888; Zintl/Singbartl, GWR 2015, 375; Seibt in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 179a Rn. 2; KK-AktG/Zetzsche, 3. Aufl., § 179a Rn. 18; MünchKommAktG/Stein, 4. Aufl., § 179a Rn. 6; vgl. BT-Drucks. 12/6699, S. 177). Zum anderen bezwecke die Vorschrift mit dem Beschlusserfordernis und den in ihrem zweiten Absatz verankerten Informationspflichten den Schutz der Aktionäre vor einer unangemessenen Vertragsgestaltung, die für die Übertragung des Gesellschaftsvermögens keine adäquate Gegenleistung vorsehe und dadurch die Vermögensinteressen der Aktionäre verletze (Brocker/Schulenburg, BB 2015, 1993, 1994; Decker, NZG 2018, 447, 448; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 302; Hüren, RNotZ 2014, 77, 78; Leitzen, NZG 2012, 491, 492; Noack, ZIP 2002, 1873, 1878; Scheel, Festschrift Wegen, 2015, S. 297, 302 f.; Servatius, Festschrift Stilz, 2014, 601, 604; Werner, GmbHR 2018, 888; Zintl/Singbartl, GWR 2015, 375; Ehmann in Grigoleit, AktG, 2013, § 179a Rn. 1; Seibt in K. Schmidt/Lutter, AktG, 3. Aufl., § 179a Rn. 2; MünchKommAktG/Stein, 4. Aufl., § 179a Rn. 7; aA Henze, Festschrift Boujong, 1996, 233, 247 f.; Weber, DNotZ 2018, 96, 111). Letztlich wird hervorgehoben, die Vorschrift schütze auch die Interessen der Minderheitsaktionäre vor einer Begünstigung der Mehrheit (Servatius, Festschrift Stilz, 2014, 601, 604; Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 179a Rn. 1; Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, Stand: 1993, § 361 Rn. 3; Körber in Bürgers/Körber, AktG, 4. Aufl., § 179a Rn. 3; KK-AktG/Zetzsche, 3. Aufl., § 179a Rn. 10).

25

Einigkeit besteht jedoch im Wesentlichen darin, dass die Vorschrift einen materiellen Schutz der Aktionäre vor einer ohne ihre Beteiligung vorgenommenen Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens dadurch gewährleistet, dass sie einen mit Außenwirkung verbundenen Beschlussvorbehalt vorsieht und dem Vorstand Informationspflichten zu Gunsten der Aktionäre auferlegt.

26

(2) Der in § 179a AktG geregelte Schutz der Aktionäre geht zu Lasten des redlichen Rechtsverkehrs. Für den redlichen Vertragspartner wäre es eine unangemessene Rechtsfolge, wenn ein schuldrechtlicher Vertrag wegen einer unerkannten oder sich nach den Gesamtumständen nicht aufdrängenden Beschlusskompetenz der Gesellschafterversammlung nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt werden müsste. Unangemessene Rückabwicklungsgefahren bestehen in besonderem Maße bei Immobilienkaufverträgen, bei denen ein Gesamtvermögensgeschäft häufig schwerer erkennbar ist als bei Unternehmensveräußerungen. Wäre der Kaufvertrag wegen fehlender Zustimmung der Gesellschafterversammlung unwirksam, könnte auch die Eintragung einer Vormerkung keine Sicherungswirkung entfalten, weil es keinen zu sichernden Anspruch gäbe (Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 303; Leitzen, NZG 2012, 491, 495). Selbst wenn der Eigentumswechsel in das Grundbuch eingetragen würde, träte keine Heilung des unwirksamen Gesamtvermögensgeschäfts nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB ein, da nicht die Missachtung des notariellen Formerfordernisses des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB in Frage steht (Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 303; BeckOGK/Schreindorfer, 1. Dezember 2018, BGB § 311b Rn. 352.1; vgl. BGH, Urteil vom 8. November 1968 - V ZR 60/65, WM 1969, 163, 164; Urteil vom 13. Mai 2016 - V ZR 265/14, ZIP 2016, 2069 Rn. 30 mwN). Der Erwerber würde daher zwar das Eigentum an der Immobilie erwerben, aufgrund der Unwirksamkeit des Grundstückskaufvertrags könnte er indes einem Rückabwicklungsanspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ausgesetzt sein (vgl. BGH, Urteil vom 9. Oktober 2006 - II ZR 46/05, BGHZ 169, 221 Rn. 19; Bayer/Lieder/Hoffmann, AG 2017, 717, 722; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 303; Servatius, Festschrift Stilz, 2014, 601, 605; Weber, DNotZ 2018, 96, 98; KK-AktG/Zetzsche, 3. Aufl., § 179a Rn. 47, 86).



27 Durch die drohende Rückabwicklung ist aber nicht nur die Rechtsposition des redlichen Vertragspartners gefährdet. Kompetenzregeln, bei deren Verletzung die Gefahr besteht, dass wirtschaftlich bedeutsame Verträge unwirksam sind, bergen darüber hinaus Haftungsrisiken, insbesondere für die notarielle Berufspraxis (Scheel, Festschrift Wegen, 2015, S. 297; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 303; Weber, DNotZ 2018, 96, 98).

28 (3) Berücksichtigt man die aufgezeigten Nachteile, verbietet sich eine analoge Anwendung des § 179a AktG, weil die Gesellschafter einer GmbH nicht in vergleichbarer Weise schutzbedürftig sind wie die Aktionäre. Da die Gesellschafter einer GmbH über deutlich stärkere Mitwirkungs-, Kontroll- und Informationsrechte verfügen als Aktionäre, kann nicht angenommen werden, der Gesetzgeber hätte das den redlichen Rechtsverkehr erheblich beeinträchtigende, mit Außenwirkung versehene Zustimmungserfordernis bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass des § 179a AktG, auf die GmbH übertragen.

29 Es bedarf dabei einer wertenden Interessenabwägung der in einem Spannungsverhältnis stehenden Belange des Gesellschafterschutzes auf der einen und des Schutzes des redlichen Rechtsverkehrs auf der anderen Seite (vgl.

Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 302; Servatius, Festschrift Stilz, 2014, 601, 605). Der Senat hat bereits als Ergebnis einer solchen Abwägung eine entsprechende Anwendung des § 361 AktG 1965 auf den Fall, dass ein wesentlicher oder sogar den Schwerpunkt der bisherigen Unternehmenstätigkeit bildender, aber das Betriebsvermögen nicht erschöpfender selbständiger Vermögensteil ausgegliedert wird, mit der Begründung abgelehnt, dass die dann auftretenden Abgrenzungsschwierigkeiten zu einer Rechtsunsicherheit führen, die im Hinblick auf die durch § 361 AktG 1965 eingeschränkte Vertretungsmacht des Vor-

stands

untragbar wäre (BGH, Urteil vom 25. Februar 1982 - II ZR 174/80, BGHZ 83, 122, 129 - Holzmüller).

30 Die analoge Anwendung der Vorschrift lässt sich nicht damit rechtfertigen, die Gesellschafter einer GmbH seien in gleicher Weise schutzwürdig wie die Aktionäre einer Aktiengesellschaft, es gebe keine relevanten Unterschiede, die der Übertragbarkeit entgegenstünden, oder bei der Regelung des § 179a AktG handele es sich um den Ausdruck eines verallgemeinerungsfähigen Prinzips des Verbandsrechts. Dies berücksichtigt unzureichend die Unterschiede der Binnenstrukturen in der Aktiengesellschaft und in der GmbH bzw. blendet aus, dass ein verallgemeinerungsfähiges Prinzip des Verbandsrechts, wollte man die in § 179a AktG nur für die Aktiengesellschaft ausdrücklich normierte Regelung als solches ansehen, mit einem anderen tragenden Prinzip des Handelsrechts kollidiert, nämlich der grundsätzlich im Außenverhältnis unbeschränkbaren Vertretungsmacht der Geschäftsleiter von Handelsgesellschaften.

31 (aa) Gegen eine Analogie spricht zunächst, dass diese ohne unmittelbare gesetzliche Grundlage ein tragendes Prinzip des Rechts der Handelsgesellschaften gefährden würde. § 37 Abs. 2 GmbHG, der die Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers im Außenverhältnis statuiert, ist wie die parallelen Vorschriften etwa des § 126 Abs. 2 HGB, des § 82 Abs. 1 AktG, des § 27 Abs. 2 GenG oder des § 50 Abs. 1 HGB Ausdruck des Prinzips, dass der Handelsverkehr auf dem Gebiet der rechtsgeschäftlichen und organschaftlichen Vertretungsbefugnis klare Verhältnisse erfordert. Für den Dritten, der auf diesem Gebiet mit einem Vertreter ein Rechtsgeschäft abschließt oder Erklärungen entgegennimmt, ist es, wenn nicht praktisch undurchführbar, so jedenfalls unzumutbar, sich in jedem Einzelfall über den Umfang der Vertretungsbefugnis des anderen Teils zu informieren. Aus

diesem Grund hat der Gesetzgeber gerade bei den Handelsgesellschaften den Umfang der organschaftlichen Vertretungsbefugnis zwingend festgelegt (vgl. BGH, Urteil vom 20. September 1962 - II ZR 209/61, BGHZ 38, 26, 33; Urteil vom 23. Juni 1997 - II ZR 353/95, ZIP 1997, 1419, 1420; Urteil vom 18. Oktober 2017 - I ZR 6/16, ZIP 2018, 214 Rn. 21 mwN).

32 Zu der Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit organschaftlicher Vertretungsmacht im Handelsrecht stellt § 179a AktG eine systemwidrige, daher nur schwer verallgemeinerungsfähige und jedenfalls auf die GmbH nicht übertragbare Ausnahme dar (Bredthauer, NZG 2008, 816, 819; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 314; Scheel, Festschrift Wegen, 2015, S. 297, 310; Servatius, Festschrift Stilz, 2014, 601, 605 f.). Eine Analogie berücksichtigt die grundlegenden Unterschiede zwischen der Verfassung der Aktiengesellschaft, auf die § 179a AktG zugeschnitten ist, und derjenigen der GmbH nicht ausreichend. Im Unterschied zu der auf Machtbalance der einzelnen Organe abzielenden und die Aktionäre von der unmittelbaren Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausschließenden Verfassung der Aktiengesellschaft ist die Organisation der GmbH hierarchisch gestaltet.

33 Von wenigen, den Geschäftsführern als solchen im öffentlichen Interesse zugewiesenen Kompetenzen abgesehen, sind in der GmbH die Gesellschafter das zentrale Entscheidungsorgan. Die GmbH-Gesellschafter bestimmen unmittelbar den Geschäftsführer. Sie fassen in der Gesellschafterversammlung die für die Geschicke der Gesellschaft wesentlichen Entscheidungen, setzen sie durch Weisungen an die Geschäftsführer (§ 37 GmbHG) um und nehmen ein umfassendes Prüfungs- und Überwachungsrecht gegenüber der Geschäftsführung (§ 46 Nr. 6 GmbHG) wahr. In der nicht mitbestimmten Gesellschaft obliegt ihnen die Bestellung und die (jederzeitige) Abberufung sowie die Anstellung und Kündigung der Geschäftsführer (§ 46 Nr. 5 und 8 GmbHG; BGH, Beschluss

vom 6. März 1997 - II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 53; vgl. ferner BGH, Urteil vom 31. Mai 2011 - II ZR 109/10, BGHZ 190, 45 Rn. 20). Die hierarchische, von der generellen Kompetenz der Gesellschafterversammlung geprägte Struktur der GmbH-Verfassung ändert sich auch nicht grundlegend, wenn die Gesellschaft den besonderen Bestimmungen des Mitbestimmungsgesetzes unterworfen wird (vgl. BGH, Beschluss vom 6. März 1997 - II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 55).

34           Demgegenüber enthält das Aktienrecht in den §§ 76 ff. und 111 ff. AktG klare Kompetenzabgrenzungen hinsichtlich der Wahrnehmung der Leitungs- und der Überwachungsaufgaben der Gesellschaft, auf die die Aktionäre in sehr beschränktem Maße Einfluss nehmen können (vgl. BGH, Beschluss vom 6. März 1997 - II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 53 f.). Vor allem über Fragen der Geschäftsführung kann die Hauptversammlung für den Vorstand bindend nach § 119 Abs. 2 AktG nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt (vgl. Decker, NZG 2018, 447, 448; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 308; Scheel, Festschrift Wegen, 2015, 297, 310; Servatius, Festschrift Stilz, 2014, 601, 608; Kropff in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, AktG, Stand: 1993, § 361 Rn. 11).

35           Vor diesem Hintergrund sind die GmbH-Gesellschafter weniger schutzbedürftig als die Aktionäre und greifen wegen der unterschiedlichen Binnenmachtverteilung in der GmbH und in der Aktiengesellschaft zum Schutz der GmbH-Gesellschafter vor Alleingängen der Geschäftsleitung andere Instrumente.

36           (bb) Das Schutzanliegen des § 179a AktG, die gesellschaftsinterne Kontrolle der Geschäftsführung bei Gesamtvermögensgeschäften durch die Beteiligung der Gesellschafter zu gewährleisten, ist im GmbH-Recht auch ohne entsprechende Anwendung des § 179a AktG verwirklicht (Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 309; Servatius, Festschrift Stilz, 2014, 601, 609). Die Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer

GmbH ist ein besonders bedeutsames Geschäft, zu dessen Vornahme der Geschäftsführer einen zustimmenden Beschluss der Gesellschafterversammlung herbeiführen muss, selbst wenn der Gesellschaftsvertrag einen entsprechenden Zustimmungsvorbehalt nicht enthält.

37

Dem Geschäftsführer einer GmbH kommt - vorbehaltlich gesetzlicher Pflichten - Geschäftsführungsbefugnis nur dann und insoweit zu, als die Gesellschafterversammlung von ihrer Geschäftsführungskompetenz weder durch Regelung im Gesellschaftsvertrag noch durch Beschlussweisung an den Geschäftsführer Gebrauch macht, § 37 Abs. 1 GmbHG (vgl. Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 308 f.; Servatius, Festschrift Stilz, 2014, 601, 608; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Aufl., § 42 Rn. 2; Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 37 Rn. 4; Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl., § 37 Rn. 3; MünchKomm GmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl., § 37 Rn. 69 ff., 115). Namentlich ist der Geschäftsführer bei besonders bedeutsamen Geschäften verpflichtet, die Zustimmung der Gesellschafterversammlung von sich aus einzuholen, § 49 Abs. 2 GmbHG (BGH, Urteil vom 29. März 1973 - II ZR 139/70, WM 1973, 510, 511; Urteil vom 5. Dezember 1983 - II ZR 56/82, ZIP 1984, 310, 311; Urteil vom 25. Februar 1991 - II ZR 76/90, ZIP 1991, 509, 510 f.; Urteil vom 30. Mai 2005 - II ZR 236/03, juris Rn. 12). Ungeachtet dessen, dass ein Vertrag, durch den sich eine GmbH zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichtet, häufig bereits ausdrücklich oder sinngemäß von einem Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten der Gesellschafterversammlung im Gesellschaftsvertrag erfasst sein wird, sind die GmbH-Geschäftsführer auch bei Fehlen einer entsprechenden Satzungsregelung aufgrund der Bedeutung des Geschäfts gehalten, eine Willensbildung der Gesellschafterversammlung herbeizuführen (vgl. Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 309; Servatius, Festschrift Stilz, 2014, 601, 609; MünchHdBGesRIII/Wolff, 5. Aufl., § 37 Rn. 60; Buck-Heeb in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 37 Rn. 4; Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 37 Rn. 3;

Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG, 9. Aufl., § 37 Rn. 22; Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl., § 53 Rn. 176; Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider, GmbHG, 11. Aufl., § 37 Rn. 17; MünchKommGmbHG/Stephan/Tiebes, 3. Aufl., § 37 Rn. 143; Paefgen in Ulmer/Habersack/Löbke, 2. Aufl., § 37 Rn. 19 mwN).

38 Das Beschlusserfordernis sichert nicht nur das Kontrollrecht der Gesellschafterversammlung in ihrer Gesamtheit, sondern schützt zudem den Minderheitsgesellschafter vor einer unangemessenen Vertragsgestaltung oder einer Selbstbedienung des Mehrheitsgesellschafter. Der Minderheitsgesellschafter kann einen vom Mehrheitsgesellschafter dennoch gefassten Beschluss durch Klage gerichtlich überprüfen lassen und versuchen, den Vollzug des Geschäfts zu verhindern.

39 (cc) Es ist zwar richtig, dass § 179a AktG einen weiterreichenden Schutz gewährt, weil in seinem Anwendungsbereich die Verletzung der Kompetenz der Hauptversammlung immer auf das Außenverhältnis durchschlägt. Die im Interesse des Verkehrsschutzes angeordnete rechtliche Unbeachtlichkeit von Beschränkungen der Vertretungsbefugnis gegenüber dem Vertragspartner in § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG gilt aber auch nicht ausnahmslos. Missachtet der Geschäftsführer bei der Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH einen im Gesellschaftsvertrag geregelten oder aus der besonderen Bedeutsamkeit des Geschäfts abgeleiteten Zustimmungsvorbehalt der Gesellschafterversammlung, kann der Vertragspartner der GmbH aus dem Geschäft unter Umständen wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht keine vertraglichen Rechte oder Einwendungen herleiten.

40 Das Vertrauen des Geschäftspartners auf den Bestand des Geschäfts ist dann nicht schutzwürdig, wenn er weiß oder es sich ihm geradezu aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht missbraucht. In einem solchen Fall ist die von dem Geschäftsführer abgegebene Willenserklärung unwirksam. Der Vertragspartner kann aus dem formal durch die Vertretungsmacht

des Geschäftsführers gedeckten Geschäft keine vertraglichen Rechte oder Einwendungen herleiten (BGH, Beschluss vom 10. April 2006 - II ZR 337/05, ZIP 2006, 1391 mwN; vgl. auch Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 309; Servatius, Festschrift Stilz, 2014, 601, 611). Dabei ergibt sich die Begrenzung des in § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zum Ausdruck kommenden Verkehrsschutzes allein aus der fehlenden Schutzbedürftigkeit des bösgläubigen Geschäftspartners. Die Versagung des Verkehrsschutzes unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht setzt nicht zusätzlich voraus, dass Geschäftsführer und Vertragspartner zum Nachteil der Gesellschaft handeln (BGH, Beschluss vom 10. April 2006 - II ZR 337/05, ZIP 2006, 1391 Rn. 2 f.). Diese Rechtslage gilt auch für den Fall, dass der Geschäftsführer einen ausdrücklichen oder aus der besonderen Bedeutsamkeit des Verpflichtungsgeschäfts zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer GmbH abgeleiteten Zustimmungsvorbehalt missachtet und der Vertragspartner der GmbH dies weiß oder es sich ihm aufdrängen muss (vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 1983 - II ZR 56/82, ZIP 1984, 380 juris Rn. 12 ff.).

41

Über das Rechtsinstitut des Missbrauchs der Vertretungsmacht lässt sich insbesondere die Gefahr der Vermögensverlagerung auf den Mehrheitsgesellschafter im Zusammenwirken mit dem Geschäftsführer zu Lasten der Minderheit bannen. Bei besonders bedeutenden Geschäften ist aber auch ein Dritter als Vertragspartner unterhalb der Schwelle des kollusiven Zusammenwirkens nicht schutzwürdig, wenn es sich ihm den Umständen nach aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer ohne Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung seine Vertretungsmacht überschreitet. Dies wird man häufig annehmen können, wenn das gesamte Unternehmen als solches übertragen werden soll. Einem verständigen Vertragspartner muss klar sein, dass der Geschäftsführer die GmbH nicht ohne Zustimmung der Gesellschafter unternehmenslos stellen kann. Aber auch, wenn - wie vorliegend - mit einer Immobilie nur ein einzelner Vermögensgegenstand übertragen werden soll, kann es sich nach den

Umständen des Einzelfalls aufdrängen, dass der Geschäftsführer das Geschäft wegen seiner Bedeutung für die Gesellschaft nicht ohne Rückversicherung bei den Gesellschaftern vornehmen kann.

42

Besteht ein Zustimmungsvorbehalt zu Gunsten der Gesellschafterversammlung, ist es zwar zusätzlich erforderlich, dass der Vertragspartner von der fehlenden Zustimmung Kenntnis hat oder sich ihm das Fehlen eines Zustimmungsbeschlusses aufdrängt, um seinem Vertrauen auf den Bestand des Geschäfts den Schutz zu versagen. In diesem Zusammenhang kann es aber nach den Umständen des Einzelfalls nicht stets ausreichen, wenn dieser sich damit verteidigt, er habe von der fehlenden Zustimmung nichts gewusst. Wird etwa das Unternehmen als Ganzes veräußert, kann den Vertragspartner der Gesellschaft eine Erkundigungsobliegenheit treffen. Bei der Veräußerung eines Einzelgegenstands kann sich der Missbrauch aufdrängen, wenn der Vertragspartner erfährt, dass ein maßgebender Gesellschafter mit dem Geschäft nicht einverstanden ist.

43

Soweit der Schutz der Grundsätze über den Missbrauch der Vertretungsmacht versagt, bleiben Schadensersatzansprüche gegen den Geschäftsführer möglich. Der Gesellschafter einer GmbH kann zudem eingreifen, wenn er Kenntnis von einem bevorstehenden Geschäft erlangt und versuchen, eine wirksame Vermögensübertragung zu verhindern. Er kann das Vertrauen des Vertragspartners auf die unbeschränkte Vertretungsmacht des Geschäftsführers zerstören, indem er den vorgesehenen Vertragspartner darüber informiert, dass der für die Übertragung erforderliche Gesellschafterbeschluss fehlt.

44

(dd) Letztlich sind die Gesellschafter einer GmbH auch auf die besonderen Informationen, wie sie in § 179a Abs. 2 AktG vorgesehen sind, nicht in gleicher Weise angewiesen wie die Aktionäre (Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 308). Die Aktionäre sind ohne Anspruch auf Auslegung des Vertrags und auf Abschriften auf ihr nach Maßgabe des § 131 AktG eingeschränktes Fragerecht



in der Hauptverhandlung verwiesen. Insbesondere können sie weder die Erteilung einer schriftlichen Auskunft noch die Einsichtnahme in die Unterlagen der Gesellschaft verlangen (BGH, Urteil vom 5. April 1993 - II ZR 238/91, BGHZ 122, 211, 236 f. mwN; Beschluss vom 6. März 1997 - II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 54). Demgegenüber ist das individuelle Informationsrecht des Gesellschafters nach § 51a GmbHG umfassend ausgestaltet und erstreckt sich nicht nur auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft, sondern besteht unabhängig von einem besonderen Anlass, wie z.B. dem Zusammenhang mit einem Punkt der Tagesordnung der Gesellschafterversammlung. Es ist, von dem Sonderfall des § 51a Abs. 2 GmbHG und dem Bestehen eines ungeschriebenen Verweigerungsgrundes abgesehen, prinzipiell unbeschränkt und findet seine Grenze erst bei einer nicht zweckentsprechenden Wahrnehmung (BGH, Beschluss vom 6. März 1997 - II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 54). Es tritt zudem neben das von der Gesellschafterversammlung wahrzunehmende kollektive Recht, sich von den anderen Gesellschaftsorganen uneingeschränkt unterrichten zu lassen.

45

2. Einer rechtlichen Prüfung nicht stand hält dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, ein Missbrauch der Vertretungsmacht durch den Liquidator Ba. sei nicht bewiesen.

46

a) Die Liquidatoren vertreten die Gesellschaft nach § 70 Satz 1 Halbsatz 2 GmbHG gerichtlich und außergerichtlich. Diese Vertretungsmacht ist - wie die der Geschäftsführer - grundsätzlich unbeschränkt und unbeschränkbar (§ 70 Abs. 4, § 37 Abs. 2 GmbHG). Schranken ergeben sich aber auch hier bei Missbrauch der Vertretungsmacht nach den für die Geschäftsführer entwickelten Regeln (Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 21. Aufl., § 70 Rn. 2; Brückmans/

Hofmann in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 68 Rn. 3, § 70 Rn. 2; Nerlich in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 70 Rn. 40; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, 3. Aufl., § 70 Rn. 2 und 4; Scholz/K.

Schmidt, GmbHG, 11. Aufl., § 71 Rn. 42; enger Gesell in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., § 70 Rn. 6).

47

b) Nach § 70 Satz 1 GmbHG haben die Liquidatoren das Vermögen der Gesellschaft in Geld umzusetzen. Die Art und Weise der Verwertung steht im pflichtgemäßen Ermessen der Liquidatoren. Auch in der aufgelösten Gesellschaft bleibt die hierarchische Organisation der GmbH aber im Wesentlichen bestehen. Die Gesellschafter können für den Liquidator bindende Beschlüsse über die Liquidation, insbesondere über die Art der Umsetzung des Vermögens der Gesellschaft in Geld fassen. Die Gesellschafterversammlung kann Verwertungsanweisungen in einem Liquidationsplan beschließen oder eine Verwertungsanweisung für den Einzelfall erteilen (vgl. Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 70 Rn. 2; Altmeyers in Roth/Altmeyers, GmbHG, 9. Aufl., § 70 Rn. 3; Brünkmans/Hofmann in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 70 Rn. 5; Nerlich in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 70 Rn. 6; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, 3. Aufl., § 70 Rn. 7; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl., § 70 Rn. 5; Paura in Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl., § 53 Rn. 4, 5). Vor der Durchführung einzelner Verwertungsmaßnahmen kann der Liquidator, ähnlich wie der Geschäftsführer der werbenden GmbH bei Vornahme besonders bedeutsamer Geschäfte, verpflichtet sein, eine Entscheidung der Gesellschafterversammlung herbeizuführen (vgl. Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 21. Aufl., § 70 Rn. 14; Brünkmans/Hofmann in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 4. Aufl., § 70 Rn. 10; Nerlich in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., § 70 Rn. 13; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, 3. Aufl., § 70 Rn. 8; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl., § 70 Rn. 6; Paura in Ulmer/Habersack/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl., § 53 Rn. 5).

48

Das Berufungsgericht ist in aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass der Liquidator Ba. nach den Umständen des vorliegenden Falls, insbesondere wegen des Widerspruchs seines Mitgesellschafters gegen die Veräußerung des Betriebsgrundstücks an den Beklagten und des Eigeninteresses seines Mitgesellschafters am Erwerb der Immobilie, dazu verpflichtet gewesen wäre, vor Abschluss des Kaufvertrags über das Betriebsgrundstück mit dem Beklagten einen zustimmenden Gesellschafterbeschluss herbeizuführen. Das hat er nicht getan und damit seine Vertretungsbefugnis überschritten.

49

c) Nicht frei von Rechtsfehlern ist die Begründung des Berufungsgerichts, mit der es einen offensichtlichen Missbrauch der Vertretungsmacht verneint hat.

50

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, maßgeblich sei, inwieweit dem Beklagten der Widerspruch des Gesellschafters Bä. gegen die Veräußerung an ihn, den Beklagten, und die Notwendigkeit einer Abstimmung der Gesellschafter über den Erwerb durch den Gesellschafter Bä. bekannt gewesen sei. Im Ergebnis der Beweisaufnahme sei der Senat nicht davon überzeugt, dass der Beklagte bei Abschluss des Kaufvertrags Kenntnis von der fehlenden Zustimmung des Geschäftsführers Bä. zum Verkauf an ihn und über die daraus folgende Notwendigkeit der Herbeiführung eines Gesellschafterbeschlusses gehabt habe.

51

Mit der Beschränkung der Rechtsprüfung und der dieser zugrundeliegenden Beweiswürdigung auf eine Kenntnis des Beklagten verengt das Berufungsgericht die Tatbestandsvoraussetzungen, unter denen die im Interesse des Verkehrsschutzes angeordnete rechtliche Unbeachtlichkeit von Beschränkungen der Vertretungsbefugnis gegenüber dem Vertragspartner in § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nach den Grundsätzen über den Missbrauch der Vertretungsmacht aufgelöst werden, zu Lasten der Klägerin. Denn das Vertrauen des Ge-

schäftspartners auf den Bestand des Geschäfts ist bereits dann nicht schutzwürdig, wenn es sich ihm geradezu aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht missbraucht (BGH, Beschluss vom 10. April 2006 - II ZR 337/05, ZIP 2006, 1391 mwN).

52

III. Die Berufungsentscheidung ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen, weil sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und 3 ZPO). Das Berufungsgericht wird, gegebenenfalls nach ergänzendem Vortrag der Parteien, zu prüfen haben, ob sich dem Beklagten hat aufdrängen müssen, dass der Liquidator Ba. den Widerspruch seines Mitgesellschafters Bä. missachtet und ohne vorherige Einholung eines notwendigen Beschlusses der Gesellschafterversammlung der Klägerin das Betriebsgrundstück der Klägerin an ihn, den Beklagten, verkauft hat. Die Zurückverweisung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, sich mit den Einwänden der Revision gegen seine Würdigung auseinanderzusetzen, der Beklagte habe von dem Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Gesellschafters und Liquidators Bä. nicht, auch nicht über den Notar, Kenntnis erhalten.

Drescher

Born

Sunder

B. Grüneberg

V. Sander

Vorinstanzen:

LG Frankfurt (Oder), Entscheidung vom 09.12.2015 - 14 O 63/15 -

OLG Brandenburg, Entscheidung vom 29.03.2018 - 5 U 18/16 -