

# Interessenkonflikte und illoyales Stimmverhalten

## Über die mangelhafte Beschlussfassung in Personengesellschaften

PAULA BLANK\*

SCHLAGWÖRTER	Beschlussfassung – Personengesellschaft – Treuepflicht – Loyalität – Abstimmung
ZUSAMMENFASSUNG	Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verlangt von Personengesellschafterinnen und -gesellschaftern ein aktives und loyales Stimmverhalten. Unterliegen die Mitglieder Interessenkonflikten, kann es zu illoyalem Stimmverhalten kommen, wenn das Gesellschaftsinteresse bei der Abstimmung nicht angemessen berücksichtigt wird. Wann die Schwelle zur Illoyalität erreicht ist, hängt vom konkreten Beschlussgegenstand ab. Prinzipiell genießt bei Beschlüssen über Geschäftsführungsmassnahmen das Gesellschaftsinteresse gegenüber kollidierenden Individualinteressen Vorrang, während es bei Grundlagenbeschlüssen, die die Individualsphäre der Gesellschafterinnen und Gesellschafter betreffen, eher legitim ist, egoistische Ziele zu verfolgen.
RÉSUMÉ	Le devoir de loyauté en droit des sociétés impose aux associés de participer activement et loyalement à la prise de décisions. Si les membres se trouvent en situation de conflit d'intérêts, il peut se produire un comportement de vote déloyal lorsque l'intérêt de la société n'est pas pris en compte de manière appropriée au cours du vote. Le critère permettant de déterminer quand le seuil de déloyauté est franchi dépend de l'objet concret de la résolution. En principe, l'intérêt de la société est considéré comme prioritaire par rapport à l'intérêt des associés lors de la prise de décisions concernant l'administration de la société, alors qu'il est plus légitime de prendre en compte des objectifs personnels lors de la prise de décisions sur les résolutions fondamentales concernant la sphère individuelle de l'associé.
ABSTRACT	The duty of loyalty in partnership law requires partnership members to actively and loyally participate in the decision-making process of the partnership. If the partners are facing conflicts of interest, disloyal voting may occur if the interest of the company is not adequately taken into account. The point at which the threshold of disloyalty is reached depends on the specific item of the resolution. Generally speaking, the interests of the partnership take precedence over the personal interests of the members in the case of partnership resolutions on management measures, whereas it is altogether more legitimate to pursue egoistic objectives when adopting fundamental resolutions that concern the members' individual sphere.

### I. Einleitung

Personengesellschafterinnen und -gesellschafter gehen miteinander eine sozietäre Verbindung ein und verpflichten sich durch einträchtiges Zusammenwirken *gemeinsame Interessen* zu fördern (vgl. Art. 530 Abs. 1 OR). In dieser Verbindung besteht eine kameradschaftsähnliche Verpflichtung zu loyalem Verhalten.<sup>1</sup> Haben die Gesell-

schafterinnen und Gesellschafter Beschlüsse zu fassen, können *Sonderinteressen einzelner Mitglieder* mit denjenigen der Gesamtheit in Konflikt geraten, beispielsweise weil ein Beschluss sie persönlich betrifft. Es fragt sich, wie weit die Loyalitäts- bzw. Treuepflicht der Gesellschafterinnen und Gesellschafter bei der Beschlussfassung in solchen Konfliktsituationen geht.

Nachfolgend wird zunächst die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht erläutert (II.A.) und es werden die Grundsätze der personengesellschaftsrechtlichen Beschlussfassung beleuchtet (II.B.). Dabei wird auch die Terminologie des Interessenkonflikts kurz erklärt sowie die Geltung eines übergeordneten Verbandsprinzips als Grundlage für einen Stimmrechtsausschluss bei besonderen Interessenkonflikten erörtert. Ebenfalls aufgezeigt wird die Möglichkeit der Selbstregulierung von Interessenkonfliktsituationen. Sodann wird anhand der Beschlusskategorien der Grundlagengeschäfte und Geschäftsführungsmassnahmen veranschaulicht, inwieweit die Mitglieder einer Personengesellschaft zur Zustimmung zu gewissen

\* PAULA BLANK, MLaw, LL.M., Master Droit et études européennes, Advokatin, Doktorandin und wissenschaftliche Assistentin an der Universität Basel.  
Dieser Beitrag ist lizenziert unter Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND. DOI dieses Artikels: 10.3256/978-3-03929-036-9\_02.

<sup>1</sup> Der lat. Begriff *societas* wird etwa mit *Verbindung*, *Bündnis*, *Gesellschaft* oder *Kameradschaft* übersetzt (siehe z.B. die Übersetzung im Pons Latein-Deutsch-Wörterbuch, abrufbar unter: <https://de.pons.com/%C3%BCbersetzung/latein-deutsch/so-cietas> [zuletzt abgerufen am 30.3.2022]).

Beschlüssen verpflichtet sind (II.C). Weiter werden verschiedene Rechtsfolgen illoyalen Stimmverhaltens dargestellt (III.), wobei die Rechtsfolgen einer treuwidrig abgegebenen Stimme im Fokus steht (III.A).

## II. Die Treuepflicht als Richtmass zum Umgang mit Interessenkonflikten bei der Beschlussfassung

### A. Loyalitätspflicht bei der Stimmrechtsausübung

Das Prinzip der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht verlangt, dass die Gesellschafterinnen und -gesellschafter sich bei der Ausübung ihrer Rechte und Pflichten untereinander (Loyalitätspflicht i.e.S.) sowie auch gegenüber der Gesellschaftergesamtheit (Wahrung des Gesellschaftsinteresses) loyal verhalten. Das über Treu und Glauben nach Art. 2 ZGB hinausgehende Gebot fordert, dass die Interessen der anderen gewahrt werden.<sup>2</sup>

Die Treuepflicht wird u.a. aus dem Charakter der Gesellschaft als vertraglich begründete Zweckgemeinschaft und deren personenbezogenen Ausgestaltung abgeleitet.<sup>3</sup> Richtfaden für den konkreten Umfang der Treuepflicht ist deshalb der Gesellschaftsvertrag und insbesondere der gemeinsame Zweck.<sup>4</sup> Für die Reichweite der geschuldeten Treue ist also die konkrete Eigenart des Bündnisses massgebend: Je enger der persönliche Zusammenschluss, desto intensiver ist die Treuepflicht der Personengesellschafterinnen und -gesellschafter.<sup>5</sup>

Weiter gilt das Konkurrenzverbot nach Art. 536 OR,<sup>6</sup> welches vom Gesetzgeber ursprünglich als *allgemeines*

*Interessenkollisionsverbot* angedacht war,<sup>7</sup> als Konkretisierung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht.<sup>8</sup> Es verbietet jegliche Handlungen, die die Verwirklichung des Gesellschaftszwecks gefährden und mit denen die Gesellschafterinnen und Gesellschafter irgendwie geartete persönliche Vorteile anstreben.<sup>9</sup> Die Treue- bzw. Loyalitätspflicht wird folglich aus verschiedenen Grundlagen<sup>10</sup> abgeleitet. Geltung beansprucht das Gebot vor allem für die Ausübung der aus der Mitgliedschaft abgeleiteten Rechte und Pflichten, wozu auch das Stimmrecht gehört.<sup>11</sup> Die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht verlangt von den Mitgliedern einer Personengesellschaft zunächst, dass sie an der Abstimmung teilnehmen (Stimmpflicht).<sup>12</sup> Unter Umständen kann die Treuepflicht sogar zur Zustimmung verpflichten, was nachfolgend ausführlich dargelegt wird.<sup>13</sup>

Ganz allgemein gebietet die Treuepflicht, allfällige Interessenkonflikte stets den übrigen Beteiligten gegenüber offenzulegen.<sup>14</sup>

### B. Personengesellschaftsrechtliche Beschlussfassung und Interessenkonflikte

Gesellschaftsbeschlüsse werden nach dem dispositiven Art. 534 Abs. 1 OR mit *Zustimmung aller Gesellschafter* gefasst. Art. 535 Abs. 3 OR setzt zudem für ausserordentliche Geschäftsführungsmassnahmen die *Einwilligung sämtlicher Gesellschafter* voraus.<sup>15</sup> Über die Verweise in Art. 557 Abs. 2 OR und Art. 598 Abs. 2 OR gilt Entsprechendes für die Kollektiv- und Kommanditgesellschaft. Aufgrund dieses Einstimmigkeitserfordernisses können Interessenkonflikte der Beschlussfassung besonders ge-

<sup>2</sup> Näher VON STEIGER, SPR VIII/1, 293 ff. Vertiefend auch ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 530 N 187 ff.

<sup>3</sup> VON STEIGER, SPR VIII/1, 295; vgl. auch BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 588. Explizit geregelt ist die Treuepflicht im Genossenschaftsrecht (Art. 866 OR).

<sup>4</sup> Vgl. zur statuarischen Begrenzung Treuepflicht in der GmbH BGE 101 II 125, 127 f., E. 3a. Der Vertrag ist nicht als eigentliche Schranke, sondern vielmehr als Leitlinie zu verstehen (ähnlich ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 64). Siehe auch CHK OR-COMBERG, Art. 552–556 N 35, und WALTER FELLMANN, Grundfragen im Recht der einfachen Gesellschaft, ZBJV 133/1997 285 ff., 296.

<sup>5</sup> Vgl. zur Pflicht zur Loyalität VON STEIGER, SPR VIII/1, 295, sowie BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 588.

<sup>6</sup> Obwohl für die KIG in Art. 561 OR ein eigenständiges Konkurrenzverbot normiert ist, findet Art. 536 OR mit seinem weiten Geltungsbereich auch auf KIGs Anwendung (BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 536 N 12 ff.). Das für die KIG zur Treuepflicht Ausgeführte gilt entsprechend für die Gesellschafterinnen und Gesellschafter einer KmG (Art. 598

Abs. 2 OR i.V.m. Art. 561 OR), und zwar inkl. der beschränkt haftenden Kommanditäre, dazu krit. PETER V. KUNZ, in: Jung Peter/Kunz Peter V./Bärtschi Harald (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Zürich 2021, § 7 N 184.

<sup>7</sup> Näher BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 536 N 4 ff., und ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 536 N 1 ff.

<sup>8</sup> BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 536 N 10 und CR CO II-CHAIX, Art. 536 N 1.

<sup>9</sup> BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 536 N 21 (zu den Handlungen), N 25 (zur Gefährdung der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks) und N 29 (betr. die angestrebten Vorteile). ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 536 N 21, verlangen eine *tatsächliche* Beeinträchtigung des Gesellschaftsinteresses.

<sup>10</sup> Vertiefend zur Herleitung VON STEIGER, SPR VIII/1, 291 ff.

<sup>11</sup> Vgl. BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 576 und 588.

<sup>12</sup> Zur Stimmpflicht auch CHK OR-JUNG, Art. 534 N 2.

<sup>13</sup> Siehe nachfolgende Ziff. II.C.

<sup>14</sup> Ebenso C. SCHÄFER, Interessenkonflikte und Unabhängigkeit im Recht der GmbH und der Personengesellschaft, ZGR 6/2014 731 ff., 738.

<sup>15</sup> Dies schliesst die Kommanditäre mit ein (vgl. CHK OR-PETRIN, Art. 600 N 2).

fährlich werden, denn schon ein einzelnes Mitglied kann einen Beschluss blockieren, wenn es seine Sonderinteressen vorrangig behandelt und gegen das Interesse der Gesamtheit stimmt.

Ein Interessenkonflikt liegt vor, wenn gewichtige Sonderinteressen eines Mitglieds den Interessen der Gesellschaft zuwiderlaufen.<sup>16</sup> Solche Sonderinteressen verhindern die unvoreingenommene Meinungsbildung im Interesse der Gesellschaft<sup>17</sup> und können damit die Verwirklichung des gemeinsamen Ziels gefährden und im Extremfall sogar verunmöglichen. Dies gilt vor allem für dauerhafte Interessenkonflikte, während situative, sich auf ein konkretes Geschäft beziehende Konflikte, i.d.R. längerfristig weniger schädlich sind.<sup>18</sup> Auch Letztere können aber u.U. einem für den Fortbestand der Gesellschaft wesentlichen Geschäft im Wege stehen, weshalb sich die Frage nach dem Zweck dieses grundsätzlich geltenden Einstimmigkeitsprinzips stellt.

Der Hintergrund dieses Einstimmigkeitsprinzips ist ein Schutzgedanke: Die einzelnen Personengesellschafterinnen und -gesellschafter sollen durch das grundsätzlich geltende Einstimmigkeitsprinzip<sup>19</sup> vor nicht gewollten Veränderungen geschützt werden.<sup>20</sup> Das Stimmrecht ist ein nicht entziehbares und unverzichtbares Recht der *nota bene* persönlich haftenden Personengesellschafterinnen und -gesellschafter.<sup>21</sup> Dessen Ausübung darf entsprechend nur mit Zurückhaltung beschränkt werden und das Stimmrecht besteht gerade auch in Angelegenheiten, in denen Einzelne «*persönlich stärker interessiert*» sind.<sup>22</sup> Dieser Individualschutzzweck mag auch erklären, weshalb das Personengesellschaftsrecht keine gesetzlichen Stimmrechtsverbote wie das Körperschaftsrecht<sup>23</sup> vorsieht. Um die Interessen der anderen Gesellschafterin-

<sup>16</sup> Das Bundesgericht geht bei Vorliegen «gegenläufiger Interessen» von einem Interessenkonflikt aus (vgl. BGE 126 III 361, 366, E. 5; BGer 4A\_717/2014, E. 2.5.2). Die Lehre setzt sich vornehmlich im aktienrechtlichen Kontext mit der Terminologie des Interessenkonflikts auseinander: Nach WATTER liegt ein Interessenkonflikt vor, «wenn ein Mitglied eine Entscheidung zu treffen hat, bei welcher diese Gesellschaftsinteressen in einen Konflikt von gewisser Intensität zu eigenen oder anderen, ihm zur Wahrung übertragenen Interessen geraten, so dass ein unbefangenes Agieren im Interesse der AG gefährdet ist oder dies mindestens so erscheint» (ROLF WATTER, Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht, GesKR 2022 250 ff., 251; nahezu identisch bereits ROLF WATTER/ANNINA HAMMER, Interessenkonflikte – wie hat sich ein Verwaltungsratsmitglied zu verhalten?, in: schulthess manager handbuch 2018/2019, 55 ff., 56). Siehe auch PETER BÖCKLI, Schweizer Aktienrecht, 5. Aufl., Zürich 2022, § 9 N 795 ff. Zur synonymen Verwendung von *Konflikt* und *Kollision* DAMIAN A. FISCHER, Interessenkonflikte im Schweizer Privat- und Wirtschaftsrecht, Zürich/St. Gallen 2019, 31 f.

<sup>17</sup> Zur notwendigen Erheblichkeit des Eigeninteresses ROLF SETHE, Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda, SZW/RSDA 4/2018, 375 ff., 376. Vgl. auch WATTER (Fn. 16), 252.

<sup>18</sup> SETHE (Fn. 17, 376 f.) unterscheidet zwischen *strukturellen*, deren Auslöser die Struktur der Rechtsbeziehung sei, und *einzelfallbezogenen* Interessenkonflikten, welche zumeist persönlicher Natur seien und durch ein einzelnes Ereignis ausgelöst würden. Näher zu den unterschiedlichen Rechtsfolgen im Personengesellschaftsrecht, nachfolgende Ziff. III.

<sup>19</sup> Gilt in Abweichung vom Grundsatz des Einstimmigkeitsprinzips ein i.S.v. Art. 534 Abs. 2 OR vereinbartes Mehrheitsprinzip, verliert die Einzelstimme an Bedeutung, denn es ist nur noch ein bestimmtes Quorum für das Zustandekommen des Beschlusses erforderlich (vgl. zur Bedeutung einer mangelhaften Stimme beim Einstimmigkeits- und Mehrheitsbeschluss etwa BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 125); dafür wächst die Gefahr des Mehrheits-Opportunismus (anschaulich zu Opportunismus-Problemen bei der Beschlussfassung sowie zum «richtigen Niveau des Minderheitenschutzes in der Personengesellschaft» LARS KLÖHN, Minderheitenschutz im Personengesellschaftsrecht, in: AcP 2016, 281–319, 299 und 300 ff.), sodass sich die Problemkreise etwas verlagern und insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz und das Gebot der guten Sitten als weitere Schutzbestimmung zu berücksichtigen wären (zu letzteren etwa BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 622, und VON STEIGER, SPR VIII/1, 298 ff.).

<sup>20</sup> BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 145.

<sup>21</sup> VON STEIGER, SPR VIII/1, 396 und CHK OR-JUNG, Art. 534 N 2. Entsprechendes gilt für das umfassende Informationsrecht (Art. 541 OR). Kein Anspruch auf Information besteht allerdings, wenn Nachforschungen eines Gesellschafters offensichtlich nicht mehr einem legitimen Geschäftsführungsinteresse dienen, sondern anderen Interessen wie bspw. Konkurrenzaktivitäten (vgl. VON STEIGER, SPR VIII/1, 404).

<sup>22</sup> ZK OR-SIEGWART, Art. 534 N 6 OR m.H.a. BGE 39 II 246.

<sup>23</sup> Im personalistisch geprägten GmbH-Recht sieht Art. 806a OR folgende Stimmrechtsausschlüsse vor: Geschäftsführende Personen haben bei Entlastungsbeschlüssen kein Stimmrecht (Art. 806a Abs. 1 OR), der die Stammanteile abtretende Gesellschafter hat bei Beschlüssen über den Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft kein Stimmrecht (Art. 806a Abs. 1 OR) und gegen Treuepflichten oder Konkurrenzverbote verstossenden Personen kommt beim Zustimmungsbeschluss über die betreffenden Tätigkeiten ebenfalls kein Stimmrecht zu (Art. 806a Abs. 3 OR). Sodann schliesst Art. 68 ZGB Vereinsmitglieder von der Beschlussfassung aus, sofern der Beschluss ein Rechtsgeschäft oder einen Rechtsstreit zwischen dem Verein und einem Mitglied, dem Ehegatten eines Mitgliedes oder einer mit dem Mitglied verwandten Person betrifft. Im Aktienrecht verlangt Art. 695 Abs. 1 OR, dass der Dischargebeschluss frei von Interessenkonflikten erfolgt, wes-

nen und Gesellschafter bzw. diejenigen der Gesamtheit zu schützen, muss vielmehr auf das Institut der Treuepflicht und eine daraus abgeleitete Pflicht zum getreuen Stimmverhalten zurückgegriffen werden.<sup>24</sup>

Nur ausnahmsweise, wenn eine Zustimmung den Betroffenen bei aller Treue nicht zumutbar ist, können im Sinne eines *übergeordneten Verbandsprinzips* nach deutschem Vorbild körperschaftliche Bestimmungen analog greifen.<sup>25</sup> Die deutsche Lehre und Rechtsprechung behilft sich für gewisse Interessenkonflikte mit einer Gesamtanalogie zum Körperschaftsrecht: Aus §§ 34, 712 Abs. 1 S. 1, 715, 737 S. 1, §§ 113 Abs. 2, 117, 127, 140 Abs. 1 S. 1 HGB, § 47 Abs. 4 GmbHG, § 136 Abs. 1 AktG und § 43 Abs. 6 GenG wird der Grundsatz abgeleitet, dass niemand *Richter in eigener Sache* sein kann.<sup>26</sup> Danach unterliegen Gesellschafterinnen und Gesellschafter bei Beschlussfassungen über die Entlastung, die Befreiung von Verbindlichkeiten, die Einleitung eines Rechtsstreits oder die aussergerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen gegen sie selbst auch im Personengesellschaftsrecht einem Stimmverbot.<sup>27</sup>

Die Bildung von Analogien in Angelegenheiten des *Richtens in eigener Sache* überzeugt auch für die hiesige Rechtsordnung.<sup>28</sup> Entsprechend dem ebenfalls personenbezogenen GmbH-Recht (Art. 806a Abs. 1 OR) muss ein Stimmverbot bei der Beschlussfassung über die eigene

Entlastung gelten.<sup>29</sup> Weiter spricht sich die schweizerische Lehre z.T. für die Geltung eines Stimmverbots bei Beschlüssen über die Befreiung eines Gesellschafters von Verbindlichkeiten<sup>30</sup>, das Einleiten eines Rechtsstreits gegen ihn selbst<sup>31</sup> und den Entzug der Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnis<sup>32</sup> aus.

Ein Stimmverbot bei Rechtsgeschäften zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschafterinnen und Gesellschaftern oder ihnen nahestehenden Personen, wie Art. 68 ZGB dies für den Verein vorsieht, ist nach hier vertretener Auffassung abzulehnen.<sup>33</sup> Beim Einstimmigkeitsbeschluss könnte jede andere beteiligte Person den Beschluss verhindern, weshalb die Offenlegung des Interessenkonflikts ausreichend ist. Letztere ermöglicht es auch, die Unwirksamkeit einer allenfalls treuwidrig abgegebenen Stimme zu erkennen und entsprechend dagegen vorzugehen (z.B. Ablehnung eines Konkurrenzangebots zur Begünstigung eines eigenen Geschäfts).

Auch bei Angelegenheiten der innergesellschaftlichen Organisation (z.B. Wahlen) und anderen Satzungsänderungen ist ein Stimmverbot nicht gerechtfertigt, denn die Vertretung von Eigen- bzw. Sonderinteressen ist bei sogenannten Sozialakten eher gerechtfertigt und u.U. sogar erwünscht.<sup>34</sup>

Nebenbei sei hier angemerkt, dass Personengesellschafterinnen und -gesellschafter sich untereinander weitgehend frei organisieren können; nur wenige Bestim-

---

halb all diejenigen Personen, die in irgendeiner Form an der Geschäftsführung teilgenommen haben, bezüglich der Entlastung vom Stimmrecht ausgeschlossen sind.

<sup>24</sup> Vgl. auch zur fundamentalen Bedeutung der Treuepflicht für die aus der Mitgliedschaft fliessenden Pflichten BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 530 N 589. Siehe zum die Treuepflicht begrenzenden vereinbarten gemeinsamen Zweck in der einfachen Gesellschaft FELLMANN (Fn. 4), 296.

<sup>25</sup> Generell für eine aus der Treuepflicht abgeleitete Ausstandspflicht ANSGAR SCHOTT, *Insichgeschäft und Interessenkonflikt*, Zürich 2002, 262. Ebenfalls zurückhaltend zu Stimmverboten bei Interessenkonflikten PETER JUNG, *Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht oder vom gefahrlosen Umgang mit sich selbst*, in: Kunz P. V./Arter O./Florian J.S. (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI*, Bern 2011, 273 ff., 279.

<sup>26</sup> BGH, Urteil v. 7.2.2012 – II ZR 230/09, Rn. 16, und BeckOK BGB/SCHÖNE, 64. Ed. 1.11.2022, BGB § 709 Rn. 54.

<sup>27</sup> BGH, Urteil v. 7.2.2012 – II ZR 230/09, Rn. 16 m.w.H.

<sup>28</sup> Dies gilt trotz der wesentlichen Unterschiede zum Körperschaftsrecht (Vertragsgrundlage, Personenbezug, persönliche Haftung sowie der i.d.R. wenig formalisierten Beschlussfassung, die der Erkennbarkeit von Interessenkonflikten wenig zuträglich sein dürfte).

<sup>29</sup> Ebenso BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 75, die weiter auf Art. 695 OR hinweisen.

<sup>30</sup> BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 76, und ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 85.

<sup>31</sup> BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 76. Bei der Einleitung eines Rechtsstreits gegen eine nahestehende Person müsste nach hier vertretener Auffassung im Einzelfall geprüft werden, ob ein Interessenkonflikt für eine Analogie zu Art. 68 ZGB ausreichend qualifiziert ist.

<sup>32</sup> BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 77.

<sup>33</sup> Eine Analogie eher ablehnend BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 78, und PETER JUNG, *Verträge der Personengesellschaft mit ihren Gesellschaftern*, in: Jung Peter/Krauskopf Frédéric/Cramer Conradin (Hrsg.), *Theorie und Praxis des Unternehmensrechts*, Festschrift zu Ehren von Lukas Handschin, 347 ff., 354; befürwortend ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 85.

<sup>34</sup> Vgl. auch FLORIAN BRAUNFELS, *Gesetzliche Stimmverbote bei der GmbH, AG und der Personengesellschaft*, MittRhNotK 1994, 233 ff., 235 ff.; für die Schweiz zu Vertragsänderungen und Fragen der innergesellschaftlichen Organisation ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 84 f., BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 79, und i.Z.m. Wahlen KUKO OR-SETHE, Art. 534 OR N 2.

mungen sind zwingend.<sup>35</sup> Vor allem für dauerhafte Verbindungen empfiehlt sich eine vertragliche Regelung der Beschlussfassungsmodalitäten, wie beispielsweise standardisierte Informations- und Entscheidungswege, eine Konkretisierung der Beschlussgegenstände, etwa durch ausdrückliche Funktionszuweisungen an die Gesellschafterversammlung, und die Festlegung klarer Kompetenzen in sachlicher und finanzieller Hinsicht.<sup>36</sup> Ebenfalls dürfte die explizite Vereinbarung allfälliger Stimmverbote für Klarheit sorgen.

In weniger strukturierten Gesellschaften ist ferner die Usanz zur Beschlussfassung<sup>37</sup> im Allgemeinen, aber auch zum Umgang mit Interessenkonflikten im Besonderen, massgebend. Eine ständige Praxis gilt als konkludente vertragliche Vereinbarung.

### C. Pflicht zur getreuen Zustimmung?

Wann bei einer interessenkonfliktbehafteten Stimmabgabe die Schwelle zum illoyalen Stimmverhalten erreicht ist, hängt mitunter davon ab, ob es sich beim jeweiligen Beschlussgegenstand um ein Grundlagengeschäft oder eine Geschäftsführungsmassnahme handelt. Entscheidend ist weiter, ob die zur Diskussion stehende Massnahme einerseits aus Sicht der Gesellschaft geboten und andererseits den einzelnen Mitgliedern zumutbar ist. Nachfolgend wird dargelegt, in welchen Konstellationen eine Zustimmungspflicht aus Gründen der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht bestehen kann.

#### 1. Interessenkonflikte bei Grundlagengeschäften

Grundlagengeschäfte betreffen formale und faktische Gesellschaftsvertragsänderungen sowie die sonstige Begründung von Rechten und Pflichten der Gesellschafter durch Beschluss.<sup>38</sup>

Bei Beschlüssen über Grundlagengeschäfte besteht *im Grundsatz keine Zustimmungspflicht*.<sup>39</sup> Es gilt bekanntlich, dass Verträge zu halten sind (*pacta sunt servanda*) und

dass Vertragsänderungen Konsens<sup>40</sup> verlangen. Im Gesellschaftsvertrag einigen sich die Parteien über die Konditionen, zu denen sie die Verbindung eingehen möchten. Würden einzelne Mitglieder plötzlich einem «Regime» unterworfen, an dem sie eigentlich nicht beteiligt sein möchten, könnte dies für die gemeinsame Zweckverfolgung sogar schädlich sein. Die Wahrung von Eigeninteressen ist bei Grundlagengeschäften schon deshalb legitimer als bei Geschäftsführungsmassnahmen.<sup>41</sup> Eine Zustimmungspflicht ist insbesondere bei einer Verschlechterung der Rechtsstellung<sup>42</sup> oder der Erweiterung der Pflichten einzelner Gesellschafterinnen oder Gesellschafter abzulehnen.<sup>43</sup>

Ausnahmsweise kann dennoch eine Pflicht zur getreuen Zustimmung bestehen, wenn aufgrund des bestehenden Gesellschaftervertrags bei den übrigen Beteiligten eine *berechtigte Erwartungshaltung* zur Zustimmung hervorgerufen wurde und das Grundlagengeschäft *zur Weiterverfolgung des Gesellschaftszwecks dringend geboten* und der eigentlich nicht zustimmungswilligen Person auch *zumutbar* ist.<sup>44</sup>

Bei sogenannten bloss vertragsrelevanten Beschlüssen, bei denen lediglich Spielräume, die der Gesellschaftsvertrag bereits vorgibt (z.B. Beschluss über eine Beitragserhöhung in einem im Vertrag bereits festgelegten Rahmen),<sup>45</sup> besteht eine *besondere Erwartungshaltung*, sodass weniger strenge Anforderungen an die Voraussetzungen zur Bejahung einer Zustimmungspflicht zu stellen sind. Beschlussbeispiele für die dringende Gebotenheit mit Rücksicht auf das Bestandesinteresse der Gesellschaft

<sup>35</sup> I.Z.m. der Beschlussfassung ist insb. das zwingende Einsichtsrecht nach Art. 541 OR besonders bedeutsam.

<sup>36</sup> Weitergehend SETHE (Fn. 17), 391, der u.a. eine allgemeine Verpflichtung zum Erlass von Organisationsreglementen betr. den Umgang mit Interessenkonflikten für alle Gesellschaften anregt.

<sup>37</sup> Vgl. VON STEIGER, SPR VIII/1, 295.

<sup>38</sup> CHK OR-JUNG, Art. 535 N 1, vertiefend ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 14 ff. (die Grundlagengeschäfte in vertragsändernde und vertragsrelevante Beschlüsse differenzierend).

<sup>39</sup> Ebenso BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 68, und ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 530 N 191.

<sup>40</sup> Dennoch kann nach h.L. vertraglich (unter Einhaltung der entsprechenden Anforderungen an die Kompetenzgrundlage) die Mehrheitsbeschlussfassung auch für Grundlagengeschäfte vereinbart werden (näher BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 49 und 159 ff., s. auch CHK OR-JUNG, Art. 530 N 6, OFK OR-MÜLLER, Art. 534 N 5; a.A. ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 106). In Deutschland hat der BGHZ ein zweistufiges Prüfverfahren (erste Stufe: formelle Legitimation i.S. des sog. Bestimmtheitsgrundsatzes; zweite Stufe: materielle Legitimation bzw. eine inhaltliche Wirksamkeitsprüfung des Beschlusses zur Verhinderung von Eingriffen in unverzichtbare Mitgliedschaftsrechte) entwickelt (BGHZ 170, 283 ff. [Otto]; anschaulich dazu KLÖHN [Fn. 19] 288 f.).

<sup>41</sup> Vgl. auch ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 63.

<sup>42</sup> BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 69; relativierend ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 65 und 67.

<sup>43</sup> BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 69, und ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 65 jeweils m.H.a. deutsche Lehre.

<sup>44</sup> BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 69 m.H.a. die deutsche Lehre. Vgl. auch BGH, Urteil v. 9.6.2015 – II ZR 420/13 («Sanieren oder Ausscheiden III»), Rn. 22 m.w.H.

<sup>45</sup> Zur Terminologie der sog. vertragsrelevanten Beschlüsse ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 18.

sind etwa notwendige und zumutbare Strukturanpassungen<sup>46</sup> oder Sanierungsmassnahmen<sup>47</sup>. Keine Zustimmungspflicht besteht bei entgegenstehenden schützenswerten Belangen Einzelner.<sup>48</sup>

Zustimmungspflichten werden regelmässig mit dem überwiegenden Gesellschaftsinteresse gerechtfertigt.<sup>49</sup> Auf *schuldrechtliche Belange* des Gesellschaftsvertrags können bei gravierenden Äquivalenzstörungen sodann darüber hinaus die Grundsätze der *clausula rebus sic stantibus* als zusätzliche Rechtfertigung für eine Zustimmungspflicht zu Änderungsanträgen hinzugezogen werden.<sup>50</sup>

Schliesslich dürfte für *rein nebensächliche Vertragsänderungen* ohne entgegenstehende sachliche Gründe stets eine Zustimmungspflicht bestehen.<sup>51</sup> Auch bezüglich solcher Beschlüsse dürfte in aller Regel eine berechtigte Erwartung zur Zustimmung vorhanden sein.

## 2. Interessenkonflikte bei Geschäftsführungsmassnahmen

Die zweite Gruppe der Beschlussgegenstände betrifft die ausserordentlichen Geschäfte<sup>52</sup> nach Art. 535 Abs. 3 OR, wie zum Beispiel die Bestellung eines Generalbevollmächtigten, Umstrukturierungen, bedeutende Kauf-, Schenkungs-, Kreditverträge etc.<sup>53</sup> Häufig muss auch über Insihgeschäfte beschlossen werden.<sup>54</sup>

Das Stimmrecht zur Beschlussfassung über Geschäftsführungsmassnahmen ist den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern zur gemeinsamen Förderung des gemeinsamen Zwecks verliehen worden, weshalb sie bei solchen Beschlüssen umso mehr zur Interessenwahrung der Gesellschaft verpflichtet sind.<sup>55</sup> Lassen sich Gesellschafterinnen und Gesellschafter bei der Stimmabgabe in

Geschäftsführungsangelegenheiten von anderen als den Gesellschaftsinteressen leiten, liegt ein Verstoß gegen die Treuepflicht vor, vor allem wenn dabei die Gesellschaft geschädigt wird.<sup>56</sup>

Zu beurteilen, wann sich *in concreto* die Gesellschafterinnen und Gesellschafter von anderen Interessen haben leiten lassen, ist allerdings oft nur schwer möglich. Gerade bei Geschäftsführungsmassnahmen besteht regelmässig ein erhebliches unternehmerisches Ermessen, was den Gesellschafterinnen und Gesellschaftern in ihrem Entschluss grossen Spielraum belässt.<sup>57</sup> Eine «*Ermessensreduktion auf null*»<sup>58</sup>, bei der keine andere valable Alternative als eine Zustimmung besteht, bildet die Ausnahme.<sup>59</sup> Auch dürften die Gerichte sich bei der Beurteilung der Ermessensausübung Zurückhaltung auferlegen, möchten sie doch i.d.R. nicht in die Gesellschaft hineinregieren.<sup>60</sup>

Indes können gewisse ausserordentliche Geschäftsführungsmassnahmen – ähnlich den Grundlagengeschäften – einen wesentlichen Wandel der Gesellschaft bewirken, was es dann in Anbetracht der Natur des Bündnisses wiederum eher rechtfertigt, auch allfällige verbandsschädliche Sonderinteressen zu vertreten. In solchen Konstellationen gilt das zu den Grundlagengeschäften Ausgeführte entsprechend.

Wie eingangs bereits ausgeführt, besteht keine gesetzliche Hinweispflicht auf allfällige Interessenkonflikte, sondern eine solche muss ebenfalls aus der Treuepflicht abgeleitet werden.<sup>61</sup> Aus dem soeben Dargestellten ergibt sich, dass die Treuepflicht im Zusammenhang mit (ausserordentlichen) Geschäftsführungsmassnahmen weiter geht als bei Grundlagengeschäften,<sup>62</sup> weshalb bei diesen Beschlusshandlungen auch eine weitergehende Pflicht zur Offenlegung von Interessenkonflikten gelten muss.

<sup>46</sup> CHK OR-JUNG, Art. 530 N 23.

<sup>47</sup> CHK OR-JUNG, Art. 534 N 2, und KUKO OR-SETHE, Art. 534 OR N 3.

<sup>48</sup> Vgl. auch BGH, Urteil v. 19.10.2009 – II ZR 240/08, BGHZ 183, 1, Rn. 23, und BGH, Urteil v. 9.6.2015 – II ZR 420/13 («Sanieren oder Ausscheiden III»), Rn. 22.

<sup>49</sup> Näher ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 65.

<sup>50</sup> Näher ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 68 ff.

<sup>51</sup> Vgl. auch ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 16.

<sup>52</sup> Für ordentliche Geschäfte gilt der Grundsatz der Einzelgeschäftsführungsbefugnis (Art. 535 Abs. 2 OR).

<sup>53</sup> Vgl. CHK OR-JUNG, Art. 535 N 2, vertiefend ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 20 ff. Eine gesellschaftsvertragliche Konkretisierung der Beschlussgegenstände ist zulässig und gerade mit Blick auf mögliche Interessenkonflikte zu empfehlen.

<sup>54</sup> JUNG (Fn. 25, Insihgeschäfte), 292.

<sup>55</sup> ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 61.

<sup>56</sup> Vgl. BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 134, und ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 530 N 188 und Art. 534–535 N 61.

<sup>57</sup> Für begrenzt haftende Kommanditäre, die grundsätzlich nicht mit der Geschäftsführung betraut sind, gebietet sich eine gewisse Zurückhaltung bei der Ermessensausübung, insb. wenn sie durch eine negative Stimmabgabe eine positive Beschlussfassung verhindern würden.

<sup>58</sup> So ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 61.

<sup>59</sup> ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 61.

<sup>60</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 12.4.2016 – II ZR 275/14 (Grenzen der Zustimmungspflicht – Media-Saturn), dazu krit. JOCHEN REICHERT, Die Treuepflicht bei der Abstimmung über Geschäftsführungsmassnahmen, in: FS Karsten Schmidt, Band II, München 2019, 226 ff., 238.

<sup>61</sup> Vgl. vorne Ziff. II.A.

<sup>62</sup> Zum selben Ergebnis gelangt REICHERT (Fn. 60), 238, unter Analyse der deutschen Literatur und Rechtsprechung.

### III. Rechtsfolgen illoyalen Stimmverhaltens

#### A. Unwirksame Interessenkonfliktbehaftete Stimmabgabe und Zustimmungspflichten

Wurde treuwidrig oder unter Missachtung eines geltenden Stimmrechtsausschlusses abgestimmt (illoyales Stimmverhalten), ist die Stimme grundsätzlich *unwirksam*.<sup>63</sup>

Die (strenge) Nichtigkeitsfolge gilt im allgemeinen Vertragsrecht nur, «wenn diese Rechtsfolge vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen wird oder sich aus dem Sinn und Zweck der verletzten Norm ergibt».<sup>64</sup> Entsprechendes muss für das Gesellschaftsrecht gelten: Für die Interessenkonfliktbehaftete *Nein*-Stimme ist zu würdigen, dass deren schlichte Nichtbeachtung zwar eine zügige Beschlussfassung ermöglicht und damit die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft unterstützt, gleichzeitig aber zu einem Risiko des Machtmissbrauchs der Versammlungsleitung bzw. der Mehrheit führt. Immerhin tragen sie das Risiko, dass ein Gericht später befindet, der Widerstand sei nicht treuwidrig gewesen.<sup>65</sup> Weiter wird die schlichte Nichtbeachtung einer Stimme der Natur der Personengesellschaft nicht gerecht, ist das Mitspracherecht in der personenbezogenen und durch eine persönliche Haftung geprägten Gesellschaftsform doch zentral.

Vermittelnd lösen FELLMANN/MÜLLER das Problem so, dass nur in *Geschäftsangelegenheiten* die treuwidrige Ablehnung der Vorlage nicht beachtet werden müsse und der Geschäftsführungsbeschluss trotz der Verweigerung der Zustimmung bzw. der Stimmabgabe zustande komme.<sup>66</sup> Bei *Grundlagengeschäften* dagegen – bei denen eine Zustimmungspflicht ohnehin die Ausnahme bildet – sei eine Leistungsklage auf Zustimmung zu erheben.<sup>67</sup> HANDSCHIN/VONZUN gehen dagegen generell von der Anfechtbarkeit der vertragswidrig abgegebenen Stimme

aus und verlangen stets eine Leistungsklage auf Zustimmung zur positiven Beschlussfassung.<sup>68</sup>

Dass bei *Grundlagengeschäften* die Nichtigkeit der *Nein*-Stimme feststellen zu lassen und Klage auf Zustimmung<sup>69</sup> zu erheben ist, verdient aus Gründen der Rechtssicherheit Zustimmung. Geht es um eine positive Beschlussklage, dürfte auch damit gerechnet werden, dass die Nichtigkeit der Einzelstimme innert adäquater Frist geltend gemacht wird.

Hinsichtlich der *Geschäftsführungsmassnahmen* sprechen jedoch Praktikabilitätsgründe gegen die Beschreibung des Rechtswegs und es scheint auch nicht angemessen, das Ermessen des Gerichts ganz grundsätzlich anstelle desjenigen der Gesellschafterinnen und Gesellschafter zu stellen. Die schlichte Nichtbeachtung der Stimme vermag angesichts der persönlichen Haftung der Beteiligten aber ebenso wenig zu befriedigen. Zweckdienlicher dürfte ein Vorgehen nach den Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag sein.<sup>70</sup>

Inspirierend ist auch der Ansatz einer «relativierten Unwirksamkeit» der treuwidrig abgegebenen Stimme nach den im Rahmen der *Insichgeschäfte* herausgebildeten Grundsätzen zu den sogenannten *Geschäften mit Interessenkonflikt*: Selbstkontrahieren und Doppelvertretung schliessen die Vertretungsmacht<sup>71</sup> – besondere Umstände vorbehalten – aus und führen so zur Ungültigkeit des betreffenden Geschäfts, «es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt».<sup>72</sup> Der blosse Interessenkonflikt dagegen schliesst die Vertretungsmacht nicht von vornherein aus, sondern lässt sie aus Gründen der Verkehrssicherheit nur entfallen, wenn der Dritte den Interessenkonflikt auch erkannt hat bzw. hätte erkennen müssen.<sup>73</sup> Dann aber sind die Grundsätze

<sup>63</sup> Ebenso BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 65 (unbeachtlich), und CHK OR-JUNG, Art. 534 N 2 (treuwidrige Stimme zähle nicht); a.A. ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 130 f. (Beseitigung durch Klageerhebung), und KUKO OR-SETHE, Art. 534 OR N 4 (treuwidrige Stimme zähle).

<sup>64</sup> Zum Vertragsrecht z.B. BGE 102 II 404, E. 2 m.w.H.; zum Beschluss PETER JUNG, Die mangelhafte Beschlussfassung in der Personengesellschaft, in: Kunz P.V./Arter O./Florian J.S. (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht X*, Bern 2015, 179 ff., 201. Allgemein für einen flexiblen Nichtigkeitsbegriff BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 55 ff.

<sup>65</sup> BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 65.

<sup>66</sup> BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 65. Generell für eine Nichtbeachtung pflichtwidriger Stimmabgaben, JUNG (Fn. 64, mangelhafte Beschlussfassung), 217 f.

<sup>67</sup> BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 71, vgl. auch ZK OR-SIEGWART, Art. 534 N 6 OR. Zur Zustimmungspflicht bei Grundlagengeschäften siehe vorne Ziff. II.C.1.

<sup>68</sup> ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535, N 62 und 130 f.

<sup>69</sup> Es müsste grundsätzlich möglich sein, dass der Entscheid die Willenserklärung direkt ersetzt, vgl. Art. 344 ZPO.

<sup>70</sup> Vgl. ZK OR-SIEGWART, Art. 534 N 6 OR.

<sup>71</sup> Präzisierend SETHE (Fn. 17), 379, wonach bei *Insichgeschäften* die Vertretungsbefugnis entfalle, was sich auf das Aussenverhältnis übertrage.

<sup>72</sup> Zit. BGE 126 III 361, 363, E. 3.a. Vgl. auch BSK OR-WATTER, Art. 33 N 19.

<sup>73</sup> BGE 126 III 361, 364, E. 3.a. Das BGer erwoog sinngemäss, der mutmassliche Wille der juristischen Person schliesse zwar stillschweigend die Vertretungsmacht von Organpersonen unter Interessenkonflikt aus, jedoch könne eine solch stillschweigende Beschränkung der Vertretungsbefugnis gutgläubigen Dritten nicht entgegengehalten werden.

des Selbstkontrahierens *analog* anzuwenden;<sup>74</sup> der Interessenkonflikt bewirkt, dass der rechtsgeschäftliche Wille nicht fehlerfrei zustande kommen und für den Vertretenen damit nicht wirksam werden konnte.<sup>75</sup>

Bei den Inschlaggeschäften dient die strenge Folge der Unwirksamkeit dem Schutz des Vertretenen.<sup>76</sup> Bei Interessenkonfliktbehafteten Stimmabgaben ist in erster Linie die Gesellschaft zu schützen. Jedoch ist die Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit nur bei für die Gesellschaft nachteiligen Geschäften eine sachgerechte Folge. Ist eine Benachteiligung aufgrund der Natur des Geschäfts ausgeschlossen, haben die anderen Beteiligten vom Konflikt gewusst oder haben sie nachträglich die interessenskonfliktbehaftete Stimmabgabe genehmigt, muss die Stimme deshalb gültig sein.

Zur Gewährung der Rechtssicherheit und zur Beschränkung nachträglich opportunistischen Verhaltens muss die Möglichkeit zur Geltendmachung der Nichtigkeit der Stimme beschränkt werden. Zögerliches und widersprüchliches Verhalten bei Kenntnis des Mangels lässt das Recht zur Geltendmachung verwirken.<sup>77</sup> Aber auch ohne Mangelkenntnis kann zumindest bei leichten Mängeln eine Befristung erwogen werden, nach deren Ablauf die Möglichkeit zur Geltendmachung der Unwirksamkeit verwirkt, wobei Analogien zum geltenden Recht gezogen werden könnten.<sup>78</sup> Naheliegender wäre dazu die Anwendung der Jahresfrist nach Art. 31 Abs. 1 OR. Diese scheint jedoch für die enge personengesellschaftliche Verbindung unangemessen lang. Viel eher dürften sich Analogien zur Monatsfrist nach Art. 75 ZGB oder zur zweimonatigen Frist nach Art. 706a Abs. 1 OR anbieten.<sup>79</sup>

Zum Beschluss insgesamt ist anzuführen, dass die h.M. ohnehin in analoger Anwendung des Körperschaftsrechts grundsätzlich von der Anfechtbarkeit mangelhafter Beschlüsse ausgeht.<sup>80</sup>

## B. Ausnahmsweiser Stimmrechtsausschluss

Ein Stimmverbot sollte nur ausnahmsweise bei besonders qualifizierten Interessenkonflikten greifen, bei denen eine Zustimmungspflicht dem Betroffenen nicht zumutbar ist.<sup>81</sup> Besteht ein solches, ist eine dennoch abgegebene Stimme ungültig,<sup>82</sup> es sei denn, den Übrigen ist der relevante Konflikt bekannt und sie widersetzen sich der Stimmbeteiligung des Betroffenen nicht.<sup>83</sup>

## C. Schadenersatz

Der treuwidrig abstimmende Gesellschafter haftet den übrigen Gesellschaftern weiter für den Schaden nach Art. 538 Abs. 2 OR.<sup>84</sup> So hat er beispielsweise den entgangenen Gewinn zu ersetzen, wenn er durch sein Stimmverhalten ein gewinnträchtiges Geschäft verhindert.<sup>85</sup>

## D. Ausschluss aus wichtigem Grund

Vor allem bei dauerhaften oder intensiven Konflikten einzelner Gesellschafterinnen oder Gesellschafter ist ein Ausschluss der betroffenen Person in Erwägung zu ziehen. Ein gerichtlicher Ausschluss aus der Kollektiv- oder der Kommanditgesellschaft ist auf Antrag aller übrigen Gesellschafter möglich, unter der Voraussetzung, dass ein wichtiger Grund zur Auflösung der Gesellschaft vorliegt,

<sup>74</sup> BGE 126 III 361, 364, E. 3.a. Allerdings entfällt die analoge Anwendung mangels Schutzbedürfnisses bei fehlendem Interessengegensatz zwischen Aktionärsinteresse und Interesse des handelnden Organs (vgl. BGE 144 III 388, 392 f., E. 5.3.2).

<sup>75</sup> BGE 126 III 361, 364, E. 3.a. Vgl. dazu auch BSK ZGB I-REITZE, Art. 54/55 N 26.

<sup>76</sup> SETHE (Fn. 17), 379.

<sup>77</sup> HANS FELDMANN, Beschluss und Einzelstimme im schweizerischen Gesellschaftsrecht, Dissertation, Zürich 1954, 117 (könne rechtsmissbräuchlich sein), und JUNG (Fn. 64, mangelhafte Beschlussfassung), 202.

<sup>78</sup> Es ist fraglich, ob allenfalls privatautonom eine Frist zum Eintritt einer Genehmigungsfiktion vereinbart werden könnte, nach deren Ablauf die Geltendmachung der Unverbindlichkeit nicht mehr möglich wäre. Jedenfalls müssten schwerwiegende Mängel zwecks Durchsetzung der Rechtsordnung vorbehalten bleiben.

<sup>79</sup> Vgl. im Zusammenhang mit der Anfechtung von Beschlüssen ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535, N 135 (rund zwei Monate, u.U. aber auch mehr oder weniger), BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 189 («rascher Widerspruch», ca. zwei Monate), und BGer 4A\_586/2019 (21. April 2020), E. 3.1 (betr. die Anfechtung eines Ausschlusssentscheids).

<sup>80</sup> VON STEIGER, SPR VIII/1, 279, BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 186 ff., und ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535, N 120 ff., insbesondere N 124 zu Treuepflichtverletzungen; vgl. auch BGer 4A\_586/2019 (21. April 2020), E. 5.2, wonach eine rein interne Rüge nicht auszureichen scheint. Nach BÖCKLI ist im Gesellschaftsrecht nur im äussersten Fall auf Nichtigkeit zu schliessen, denn damit opfere das Recht die Rechtssicherheit, BÖCKLI (Fn. 16), § 9 N 338. Für eine differenziertere Herangehensweise zur Beschlussmängeldogmatik JUNG (Fn. 64, mangelhafte Beschlussfassung), 185 ff. und 188 ff. sowie 207 f.

<sup>81</sup> Näher m.w.H. vorne Ziff. II.B.

<sup>82</sup> VON STEIGER, SPR VIII/1, 279, ZK OR-SIEGWART, Art. 534 N 4, ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 87, und JUNG, (Fn. 64, mangelhafte Beschlussfassung), 207 f. und 218 f., sowie CHK OR-JUNG, Art. 534 N 2.

<sup>83</sup> ZK OR-HANDSCHIN/VONZUN, Art. 534–535 N 86.

<sup>84</sup> Z.B. ZK OR-SIEGWART, Art. 534 N 6 OR, BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 134 und 148.

<sup>85</sup> BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 66 m.H.a. BGE 18, 506 ff. Näher zu den Voraussetzungen z.B. BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 538 N 81 ff., oder SHK OR-JÖRG Art. 538 N 1 ff.

der vorwiegend in der Person eines Gesellschafters liegt (Art. 577 OR [i.V.m. Art. 619 Abs. 1 OR für die KmG]).<sup>86</sup> Dieses Recht bedeutet einen erheblichen Eingriff in die Rechte der betroffenen Person, weshalb es nur zurückhaltend angewendet werden sollte. In der einfachen Gesellschaft ist diese gesetzliche Ausschlussmöglichkeit schon gar nicht vorgesehen und das Bundesgericht lehnt eine analoge Anwendung von Art. 577 OR ausdrücklich ab.<sup>87</sup> Schon aber ist es zulässig, vertraglich ein Ausschlussrecht zu vereinbaren.<sup>88</sup>

### E. Auflösung der Gesellschaft aufgrund Verunmöglichung der Zweckverfolgung oder aus wichtigem Grund

Die Gesellschaft kann aus *wichtigen Gründen* durch das Gericht aufgelöst werden (Art. 545 Abs. 1 Ziff. 7 und Abs. 2 OR). Eine schwerwiegende Verletzung der Treuepflicht, insbesondere die dauerhafte Weigerung, an Geschäftsführungsbeschlüssen mitzuwirken, kann ein solch wichtiger Grund sein,<sup>89</sup> ebenso die starke Berücksichtigung eigener Interessen unter Ausbeutung der Unerfahrenheit anderer.<sup>90</sup> Bei intensiven oder dauerhaften Interessenkonflikten, welche die gemeinsame Zweckerreichung letztlich *verunmöglichen*, kann die Gesellschaft ferner nach Art. 545 Abs. 1 Ziff. 1 OR aufgelöst werden.<sup>91</sup>

### IV. Résumé

Es muss stets im Einzelfall geprüft werden, ob ein relevanter Interessenkonflikt vorliegt, der zu illoyalem Stimmverhalten geführt hat. Dabei gilt es, die einschlägigen gesellschaftsrechtlichen Prinzipien, insbesondere die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, sachgerecht anzuwenden.

Treuwidrig und illoyal ist es,

- Interessenkonflikte gegenüber den Mitgesellschafterinnen und -gesellschaftern zu verschweigen,<sup>92</sup>
- aus eigenen Interessen bzw. im Interesse Dritter und gegen diejenigen der Gesellschaft zu stimmen und dabei – unter Würdigung des unternehmerischen Ermessens – gebotene Geschäftsführungsmassnahmen abzulehnen;<sup>93</sup>
- sowie zumutbare Grundlagengeschäfte zu blockieren, die für den Weiterbestand der Gesellschaft oder die erfolgreiche gemeinsame Zweckverfolgung im Allgemeinen notwendig wären.<sup>94</sup>

Dagegen findet die geschuldete Loyalität dort ihre Grenzen, wo die betroffene Person über sich selbst richten müsste. In solchen Fällen gilt ein verbandsrechtlicher Stimmrechtsausschluss.<sup>95</sup> Auch besteht keine Pflicht, Grundlagengeschäften zuzustimmen, durch die ein Mitglied eine vertragliche Bindung eingehen müsste, die es nicht eingehen wollte und zu der es sich auch im Vorhinein nicht bereits verpflichtet hatte.

Illoyale Stimmabgaben sind unwirksam und können Schadenersatzansprüche nach sich ziehen. Gegebenenfalls können illoyale Mitglieder aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden. Schliesslich kann es bei schwerwiegenden Treuepflichtverletzungen gar zur Auflösung der Gesellschaft kommen.<sup>96</sup>

<sup>86</sup> Der Austritt eines Gesellschafters bei Fortführung durch die Übrigen dagegen bedarf der Zustimmung aller inkl. derjenigen des Ausscheidenden, BSK OR II-STAEHELIN, Art. 577 N 1. Vgl. auch BGE 24 II 186 ff., E. 2 und 3.

<sup>87</sup> BGer 4A\_586/2019 (21. April 2020), E. 5.1. Für eine Analogie PETER JUNG, Scheiden tut weh? Ausscheiden und Abfindung von Personengeschaftern, in: Kunz P.V./Arter O./Florian J.S. (Hrsg.), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht XI*, Bern 2016, 197 ff., 202 und 232.

<sup>88</sup> Näher dazu DANIEL STAEHELIN/RALF MICHAEL STRAUB, Der Ausschluss aus einer Personengesellschaft ohne wichtige Gründe, AJP 2011, 27 ff., 28 ff., sowie KARIN MÜLLER/ALICE KÄCH, Der Ausschluss eines Gesellschafters aus einer Personengesellschaft, ZBJV 152/2016, 593 ff.

<sup>89</sup> ZK OR-SIEGWART, Art. 534 N 6 OR, und BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 66 f. und 148. Vgl. dazu auch CR CO II-CHAIX, Art. 545–547 N 26, und KUKO OR-SETHE, Art. 545/546 OR N 16.

<sup>90</sup> STAEHELIN/STRAUB (Fn. 88), 29.

<sup>91</sup> Vgl. dazu auch BGE 110 II 287, 292, E. 2, und BK OR-FELLMANN/MÜLLER, Art. 534 N 146.

<sup>92</sup> Dazu vorne Ziff. II.A. in fine und Ziff. II.C.2 in fine.

<sup>93</sup> Dazu vorne Ziff. II.C.2.

<sup>94</sup> Dazu vorne Ziff. II.C.1.

<sup>95</sup> Dazu vorne Ziff. II.B.

<sup>96</sup> Zu den Rechtsfolgen vorne Ziff. III.