

19. Kann dem Gründer einer GmbH. nachträglich ein Sonderrecht durch Vertrag mit der Gesellschaft eingeräumt werden oder bedarf es dazu einer Satzungsänderung?

GmbHG. §§ 5, 53.

II. Zivilsenat. Urt. v. 26. Oktober 1940 i. S. R. (Rf.) w. Heilanstalt W. GmbH. (Wefl.). II 57/40.

I. Landgericht Halle (Saale).

II. Oberlandesgericht Naumburg.

Der Kläger unterhielt in H., wo er sich im Jahre 1903 als Frauenarzt niedergelassen hatte, eine Privatklinik. Durch Vertrag vom 8. März 1910 gründete er mit dem praktischen Arzt Dr. L. die verklagte GmbH., die am 11. März 1910 im Handelsregister eingetragen wurde. Jeder der beiden Gründer übernahm von dem 200 000 M. betragenden Stammkapital 100 000 M. Der Kläger trat alsbald 59 000 M., Dr. L. 95 000 M. Geschäftsanteile an andere Personen, meistens Ärzte, ab. Gegenstand des Unternehmens war nach § 3 des Gesellschaftsvertrages „die Errichtung und der Betrieb einer Privatheilanstalt“. Zum Geschäftsführer und leitenden Arzt wurde der Kläger bestellt. Er bestimmte über Bau und Einrichtung der Heilanstalt nach seinem eigenen Ermessen. Am 1. Oktober 1911 wurde die Anstalt eröffnet. Im Frühjahr 1923 legte der Kläger wegen Unstimmigkeiten, die zwischen ihm und einzelnen Aufsichtsratsmitgliedern bestanden, sein Amt als Geschäftsführer der Beklagten nieder. Durch Beschluß der Gesellschafterversammlung vom 24. April 1923 wurde der Universitätsprofessor Dr. F. zu seinem Nachfolger bestellt.

Der Kläger steht auf dem Standpunkt, bei Gründung der Gesellschaft sei vereinbart worden, daß er allein das Recht habe, frauenärztliche und geburtshilfliche Rassenkranke 3. Klasse in der Heilanstalt zu operieren und zu behandeln, und daß andere Ärzte geburtshilfliche und frauenärztliche Privatfälle nur mit seiner Genehmigung dort behandeln dürften. Als er sich dagegen vertahrte, daß der neue Geschäftsführer anderen Frauenärzten gestattete, Kranke ohne seine Genehmigung in die Anstalt zu legen, wurde in der Gesellschafterversammlung vom 6. März 1924 folgender Antrag zur Abstimmung gestellt und angenommen:

Professor R. hat allein das Recht, gynäkologische und geburts-hilfsliche Kassenpatienten 3. Klasse in der Heilanstalt zu operieren und zu behandeln. Geburtshilfsliche und gynäkologische Privatfälle dürfen nur mit Genehmigung von Professor R. in der Heilanstalt behandelt werden.

Bei stationären Patienten, die gynäkologisch-geburtshilfslich behandelt werden müssen, bleibt die Wahl des Gynäkologen dem behandelnden Arzt bzw. dem Patienten überlassen.

Der Kläger hatte den Fachärzten für Geburtshilfe und Frauenkrankheiten Dr. G. und Dr. S. erlaubt, ihre Privatkranken in der Anstalt zu behandeln, und gestattete ihnen, nachdem sie inzwischen einige seiner Geschäftsanteile übernommen hatten, durch Vertrag vom 3. Februar 1932, auch ihre Kassenkranken in die Anstalt zu legen. Diese Ärzte erkannten dabei an, daß darin kein Verzicht des Klägers auf sein Vorrecht enthalten sei. Am 27. Juli 1935 schloß der Kläger mit dem Frauenarzt Dr. Sch. einen notarischen Vertrag, durch den er ihm gegen gewisse Gegenleistungen — darunter die Übernahme von 5000 RM. seiner Geschäftsanteile zum Nennwert — die Genehmigung erteilte, seine Kassenkranken in der Anstalt selbst zu behandeln und zu operieren.

Da die Beklagte seit längerer Zeit in wirtschaftliche Schwierigkeiten geraten war, beschloß die Gesellschafterversammlung vom 20. Oktober 1933 zwecks Senkung der öffentlichen Abgaben ihre Umwandlung in ein gemeinnütziges Unternehmen. Dabei erhielt unter anderem § 2 der Satzung durch einstimmigen Beschluß, an dem auch der Kläger mitwirkte, folgende Fassung:

Gegenstand des Unternehmens ist der Betrieb einer Heilanstalt auf gemeinnütziger Grundlage. In dieser Heilanstalt sollen ohne Rücksicht auf Beruf, Stand, Religionsbekenntnis und Wohnort sowie ohne Rücksicht auf die Person des behandelnden Arztes Kranke Aufnahme finden, deren Leiden einen Krankenhausaufenthalt erforderlich macht.

Seitdem hat der Geschäftsführer der Beklagten auch eine größere Anzahl von Ärzten, die nicht Gesellschafter der Beklagten waren, zur Ausübung ihrer Tätigkeit in der Anstalt zugelassen. In einer Gesellschafterversammlung vom 15. Dezember 1937 wurde folgender Antrag des Aufsichtsrats mit 167 gegen 106 Stimmen (darunter 52 des Klägers) angenommen:

Aufhebung des Beschlusses der Generalversammlung vom 6. März 1924. Es handelt sich dabei um das sogenannte geburtshilflich-gynäkologische Privileg des Professors R., das aus verschiedenen Gründen nicht länger tragbar, auch mit dem Charakter der Gemeinnützigkeit nicht vereinbar ist, auf welche die Satzungen der Heilanstalt im Jahre 1933 umgestellt sind.

Im ersten Rechtszuge hat der Kläger beantragt, festzustellen, daß der Beschluß der außerordentlichen Hauptversammlung der Beklagten vom 15. Dezember 1937, der den sein Vorrecht bestätigenden Beschluß der Hauptversammlung vom 6. März 1924 aufgehoben habe, unwirksam sei, hilfsweise: die Beklagte zu verurteilen, Sorge zu tragen, daß von anderen Ärzten ohne seine Zustimmung in der Heilanstalt keine geburtshilflich-gynäkologischen Fälle operiert und behandelt würden. Das Landgericht hat dem Klageantrage stattgegeben. Gegen dieses Urteil hat die Beklagte Berufung, der Kläger Anschlussberufung eingelegt. Letzterer hat beantragt, das Landgerichtsurteil dahin abzuändern, daß festgestellt werde: Der Kläger hat allein das Recht, gynäkologische und geburtshilfliche Klassenpatienten 3. Klasse in der Heilanstalt W. zu operieren und zu behandeln; geburtshilflich-gynäkologische Privatfälle dürfen nur mit seiner Zustimmung in der Heilanstalt W. behandelt werden; hilfsweise: das angefochtene Urteil dahin abzuändern, daß der Beklagten verboten werde, ohne seine Zustimmung in der Heilanstalt W. Ärzte zur Behandlung gynäkologischer und geburtshilflicher Fälle zuzulassen.

Die Beklagte hat diesen Anträgen als Klageändernd widersprochen. Das Berufungsgericht hat die Klageänderung zugelassen, aber die Klage als unbegründet abgewiesen. Die Revision des Klägers blieb erfolglos.

#### Aus den Gründen:

Der Berufungsrichter nimmt an, es handle sich bei dem vom Kläger geltend gemachten Recht um einen sogenannten Gründer-Sondervorteil, der ihm für seine Person als einzelner Gründer vor den anderen Gesellschaftern bei Gründung der Gesellschaft für seine gesellschaftliche Beteiligung zugesagt worden sei. Ihm ist darin beizutreten, daß eine solche einen Gründer-Sondervorteil gewährende Vereinbarung, soweit sie für die Gesellschaft bindend sein soll, ebenso der Aufnahme in den formbedürftigen Gesellschaftsvertrag bedurfte

wie ein mit dem Geschäftsanteil verknüpftes Sonderrecht des Klägers als Gesellschafters der Beklagten (vgl. RGZ. Bd. 113 S. 241 [244/45]; Brodmann GmbHG. Bem. 8 zu § 5; Scholz GmbHG. Bem. IV 2 zu § 5 S. 120; Baumbach GmbHG. 1936 Bem. 3 A c zu § 3 S. 12). Da diese Ausnahme im vorliegenden Falle nicht stattgefunden hat, so hat der Kläger das geltend gemachte Recht als Gründer-Sonderrecht gegen die Gesellschaft nicht erworben.

Dem Berufungsrichter ist auch darin beizutreten, daß das Recht nicht nachträglich als gesellschaftliches Recht begründet worden ist, insbesondere nicht durch den Beschluß der Gesellschafterversammlung vom 6. März 1924. Das war schon deshalb nicht möglich, weil dieser Beschluß dann nach § 53 GmbHG. einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen und der gerichtlichen oder notariischen Beurkundung bedurft hätte; beide Erfordernisse fehlen.

Der Berufungsrichter hat auch darin Recht, daß die Berufung der Beklagten auf die Nichtigkeit wegen Formmangels nicht gegen Treu und Glauben verstößt. Allerdings stellt der Berufungsrichter fest, das Recht sei vom Kläger über ein Vierteljahrhundert in Anspruch genommen und von der Beklagten anerkannt worden. Es mag sein, daß es mit Rücksicht hierauf nach den Beziehungen der Parteien und den gesamten Umständen des Falles Treu und Glauben widersprechen würde, reine Vertragsansprüche an dem Formmangel scheitern zu lassen. Aber der Berufungsrichter führt zutreffend aus, diese für das reine Vertragsrecht allmählich zur Herrschaft gelangten Rechtsgrundsätze könnten auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden, weil es sich nicht um ein Recht handle, das den Gegenstand eines zwischen dem Kläger und der beklagten Gesellschaft formungültig abgeschlossenen Vertrages bilde, sondern um ein bei Gründung der Gesellschaft zwischen den Gründern bedungenes Gründerrecht. Solche Rechte müssen aber mit Rücksicht auf andere, insbesondere später eintretende Gesellschafter und wegen der Belange Dritter, die ebenfalls durch die Satzung geschützt werden sollen, aus der Satzung selbst ersichtlich sein. Deshalb ist der Einwand der Arglist nicht begründet.

Endlich hat der Berufungsrichter auch ohne Rechtsirrtum abgelehnt, daß der gesellschaftsrechtlich ungültige Vertrag im Wege der Umdeutung nach § 140 BGB. als rein schuldrechtlicher Vertrag Geltung habe. Wenn auch wirtschaftlich der Erfolg, der sich aus dem Vorrecht für den Kläger ergibt, durch einen rein schuldrechtlichen

Vertrag gleichartigen Inhalts zwischen ihm und der Beklagten möglicherweise erreicht werden kann, so ist die Umwandlung, wie der Berufungsrichter zutreffend ausführt, deshalb ausgeschlossen, weil es begrifflich unmöglich ist, an Stelle eines bei Gründung der Gesellschaft zwischen den Gründern formungültig vereinbarten Rechts den Anspruch aus einem Vertrage zwischen dem Kläger und der Gesellschaft zu setzen.

Die Revision hat gegen die bisher erörterten Ausführungen des Berufungsrichters nur einen besonderen Angriff erhoben. Zu dem letzten Punkte meint sie, die Gründer hätten auch als Geschäftsführer ohne Auftrag für die zukünftige GmbH. handeln können. Die so geschlossenen Verträge würden für und gegen die Gesellschaft nach ihrer Eintragung verbindlich, wenn sie die Geschäftsführung genehmige, woran hier nicht gezweifelt werden könne. Dieser Auffassung kann jedoch nicht beigetreten werden. Denn einmal fehlt es an der erforderlichen Darlegung, daß die Gründer bei der Vereinbarung als auftraglose Geschäftsführer für die zu gründende Gesellschaft hätten handeln wollen. Außerdem aber ist es unzulässig, schon bei der Gründung einer GmbH. einem Gründer mit Wirkung gegen die Gesellschaft solche Sonderrechte, welche die Gesellschaft dauernd zu Gunsten des Berechtigten belasten, nicht als gesellschaftsrechtliche, sondern als persönliche formlos zuzusprechen, ohne daß sie aus dem Gesellschaftsvertrage ersichtlich sind; dies würde praktisch zu einem ähnlichen Zustande führen, wie er bei der Begründung eines Gründer-vorteilsrechtes entstehen würde. Eine solche Vereinbarung bedarf vielmehr der für ein gesellschaftliches Vorrecht vorgeschriebenen Form (so Scholz a. a. O. Bem. IV 2 zu § 5), da sonst auf dem Umweg über die Begründung eines persönlichen Rechts die Gesellschaft schon bei der Gründung mit einer Verpflichtung belastet werden würde, die nach Sinn und Zweck der Satzung aus dieser ersichtlich sein soll.

Anders liegt die Sache, wenn die Gesellschaft nach ihrer Entstehung mit einem Gesellschafter einen schuldrechtlichen Vertrag schließt. Solche Verträge bedürfen grundsätzlich keiner Form, sofern das vereinbarte Geschäft nicht auch sonst formbedürftig ist. Voraussetzung ist aber, daß das Recht dem Gesellschafter nicht in dieser seiner Eigenschaft, sondern als einem Dritten zugebilligt wird, so daß es also nicht mit seinem Geschäftsanteil verbunden, sondern von diesem unabhängig ist.

Es bestehen keine grundsätzlichen Bedenken, daß im vorliegenden Falle solch ein schuldrechtlicher Vertrag zwischen der Gesellschaft und dem Kläger, wie dieser ihn für sich in Anspruch nimmt, geschlossen werden konnte. Die Revisionsbeantwortung meint zwar, daß sei deshalb nicht möglich, weil dies mit der ursprünglichen Fassung des § 2 der Satzung, nach der Gegenstand des Unternehmens die Errichtung und der Betrieb einer Privatheilanstalt ist, nicht vereinbar sei und die Rechte der Gesellschafter verletze. Dem kann nicht beigetreten werden. Die Satzung sieht nicht etwa vor, daß nur Ärzte Gesellschafter sein können — wie die Registerakten ergeben, sind auch andere Personen Gesellschafter gewesen —; sie besagt auch nicht etwa, daß jeder Arzt, der Gesellschafter ist, schon dadurch ein gesellschaftliches Recht erwerbe, seine Kranken in der Anstalt zu behandeln. Das kann auch nicht aus dem Sinn der Satzung oder dem Zweck der Gesellschaft entnommen werden. Andererseits könnte der Gesellschaft daran liegen, einem Arzt, auf dessen Tätigkeit in ihrer Anstalt sie besonderen Wert legt, ein Recht der hier streitigen Art einzuräumen, auch wenn dieser nicht Gesellschafter ist. Demnach würde ein schuldrechtlicher Vertrag, durch welchen dem Kläger das von diesem beanspruchte Recht eingeräumt wird, nicht schon deshalb rechtsunwirksam sein, weil es mit der Satzung unvereinbar wäre oder gesellschaftliche Rechte der anderen Gesellschafter verletzen würde.

Es bedarf aber keiner Stellungnahme zu der Frage, ob die Parteien wirklich den Willen gehabt haben, für den Kläger das von ihm beanspruchte Recht als ein Drittrecht zu vereinbaren, und ob sie diesen Willen in einer rechtlich beachtlichen Weise erklärt haben, wobei auf seiten der Beklagten die Willenserklärung, solange der Kläger noch deren Geschäftsführer war, durch den Aufsichtsrat, später durch den Geschäftsführer Dr. F. hätte abgegeben werden müssen. Denn auch wenn dies im Gegensatz zum Berufsgericht mit der Revision anzunehmen sein sollte, würde ein solcher Vertrag gleichwohl rechtsunwirksam sein. Der Kläger hat schon in der Klageschrift ausgeführt, daß von ihm beanspruchte Sonderrecht sei der Gegenwert für die Verdienste, die er sich um die Gründung und die Schöpfung des ganzen Unternehmens erworben habe. In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufsgericht hat er weiter vorgetragen, das Vorrecht habe ein Ausgleich für die Aufgabe seiner Privatklinik sein sollen. Diese Erwägungen, die nach dem eigenen Vortrage des Klägers schon bei

Gründung der Gesellschaft für die Einräumung des beanspruchten Rechts bestimmend gewesen sein sollen, sind auch bei der Beschlussfassung vom 6. März 1924, durch die das Recht als bestehend anerkannt wurde, für die Mehrheit der Gesellschafterversammlung maßgebend gewesen, die sich für diese Anerkennung aussprach. Es fehlt an jedem Anhalte dafür, daß für sie etwa andere Gründe ausschlaggebend gewesen wären, das Recht des Klägers anzuerkennen, und daß sie dem Kläger das Recht auch dann zuerkannt haben würde, wenn er nicht die Gründertätigkeit der oben genannten Art ausgeübt hätte. Dem Kläger ist also, wenn wirklich ein schuldrechtlicher Vertrag zwischen den Parteien durch den Beschluß vom 6. März 1924 und die diesem Beschluß entsprechende tatsächliche Handhabung zustande gekommen wäre, das Recht nur zugebilligt worden, weil er die genannte Gründertätigkeit ausgeübt hat. Demnach würde auf jeden Fall auch diese schuldrechtliche Zubilligung des Rechts in einem sehr engen und unmittelbaren Zusammenhange mit der Gründertätigkeit des Klägers und dem ihm für diese zugebachten Vorteil stehen, wenn auch inzwischen 14 Jahre verstrichen waren. Dann aber kann eine solche Vereinbarung nur auf dem für die Gewährung eines Gründervorteils vorgeschriebenen Weg erfolgen; sie bedarf also der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag. Der Senat hat in seiner Entscheidung RGZ. Bd. 113 S. 241 [244/45] ausgeführt, obwohl das GmbHGesetz über die Einräumung von Gründervorteilen keine ausdrücklichen Bestimmungen getroffen habe, bedürfe eine solche zur Verpflichtung der Gesellschaft gleichwohl der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag. Er hat diese Ansicht damit begründet, es würde den das Gesellschaftsrecht beherrschenden Grundsätzen widersprechen, daß ein einzelner Gesellschafter dauernd auf Kosten der Gesellschaft bevorzugt werde, ohne daß der Gesellschaftsvertrag hierüber eine Bestimmung enthalte. Diese Erwägungen treffen auch auf den Fall zu, daß ein solcher Vorteil, der unmittelbar als Abgeltung für eine Tätigkeit bei der Gründung der Gesellschaft gewährt wird, erst später eingeräumt wird. Demnach kann das Gründerrrecht nachträglich nicht durch schuldrechtlichen Vertrag zwischen dem früheren Gründer und der durch den Geschäftsführer vertretenen Gesellschaft, sondern nur im Wege der Satzungsänderung gewährt werden; das erfordert nach § 53 GmbHG. einen Beschluß der Gesellschafter, der gerichtlich oder notariell beurkundet werden muß und zum mindesten einer Mehrheit von drei

Vierteilen der abgegebenen Stimmen bedarf. Da diese Voraussetzungen im vorliegenden Falle nicht gegeben sind, ist für den Kläger das von ihm beanspruchte Recht keinesfalls begründet worden.

Hiernach bedarf es weder eines Eingehens auf die Angriffe der Revision gegen die Ausführungen des Berufungsrichters, mit denen er das Zustandekommen eines Vertrages ablehnt, noch braucht die Frage erörtert zu werden, ob sich der Kläger, wenn ihm das Recht zugestanden haben sollte, auf dieses noch berufen könnte, nachdem mit seiner Zustimmung durch den Gesellschafterbeschuß vom 20. Oktober 1933 das Unternehmen in ein gemeinnütziges Unternehmen umgebildet worden ist.