

**INSTITUT FÜR DEUTSCHES UND
EUROPÄISCHES GESELLSCHAFTS-
UND WIRTSCHAFTSRECHT**



**UNIVERSITÄT
HEIDELBERG**
ZUKUNFT
SEIT 1386

**Arbeitspapier des
Instituts für deutsches und europäisches
Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg
Juni 2025**

Zur Kündbarkeit von Stimmrechtskonsortien nach altem und neuem Personengesellschaftsrecht

*Prof. Dr. Dirk A. Verse, M.Jur. (Oxford)**

I. EINFÜHRUNG

Konsortial- oder Poolverträge sind in der gesellschaftsrechtlichen Kautelarpraxis ein häufig genutztes Instrument, um den Einfluss einer Gesellschaftergruppe zu bündeln. Typischerweise verpflichten sich die Parteien in einer solchen Vereinbarung u.a. dazu, das Stimmrecht aus den von ihnen gehaltenen Gesellschaftsanteilen in einer jeweils vorab festzulegenden Weise einheitlich auszuüben. Da die koordinierte Stimmrechtsausübung einen gemeinsamen Zweck i.S. des § 705 Abs. 1 BGB darstellt, handelt es sich bei diesen Stimmrechtskonsortien, soweit sie deutschem Recht unterstehen,¹ anerkanntermaßen um Gesellschaften bürgerlichen Rechts – und zwar regelmäßig in der Variante einer rein schuldrechtlichen Innengesellschaft,² die das Gesetz seit der Reform durch das MoPeG³ als „nicht rechtsfähige Gesellschaft“ bezeichnet (§ 705 Abs. 2 Var. 2 BGB).

Aufgrund dieser Einordnung ist seit jeher auch die Kündbarkeit von Stimmrechtskonsortien an den für die GbR geltenden Vorschriften zu messen. Diese haben sich indes durch das MoPeG wesentlich verändert. Wie die folgenden Überlegungen zeigen sollen, besteht nach neuem Recht (§ 740a Abs. 3 i.V.m. § 725 BGB) ein viel größerer Spielraum für die Parteien, die ordentliche Kündigung von Konsortialverträgen auszuschließen, als dies unter Geltung von § 723 BGB a.F. der Fall war (dazu unter II.-III.). Diese Rechtsänderung ist bemerkenswerterweise nicht nur für Vereinbarungen von Bedeutung, die seit dem Inkrafttreten der Reform am 1.1.2024 neu abgeschlossen werden. Vielmehr können auch Kündigungsbeschränkungen aus Altverträgen, die nach bisherigem Recht unzulässig und daher unwirksam waren, nunmehr als wirksam zu behandeln sein (dazu unter IV.).

* Dem Beitrag liegen in Teilen Überlegungen zugrunde, die Verf. ursprünglich zu einer Anfrage aus der Praxis entwickelt hat.

¹ Zu der umstrittenen Frage, ob sich das auf Stimmbindungsvereinbarungen anwendbare Recht nach der Rom I-Verordnung und damit vorrangig nach der Rechtswahl der Parteien (Art. 3 Rom I-VO) bestimmt oder sie aufgrund des engen Bezugs zur Corporate Governance der Hauptgesellschaft zwingend deren Gesellschaftsstatut unterstehen, s. einerseits (für Ersteres) *Reuter* RIW 2019, 21, 26 ff.; *Wedemann* NZG 2021, 1443, 1444 ff.; andererseits (für Letzteres) von *Hein* in Rauscher, *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht*, 2023, Art. 1 Rom I-VO Rn. 43; *Kindler* in MünchKomm. BGB, 9. Aufl. 2025, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, Rn. 566 f.; jeweils m.w.N.

² Ständige Rechtsprechung, etwa BGH, 13.6.1994, II ZR 38/93, BGHZ 126, 226, 234 – Schutzgemeinschaftsvertrag I; BGH, 24.11.2008, II ZR 116/08, BGHZ 179, 13 Rn. 14 – Schutzgemeinschaftsvertrag II; aus dem Schrifttum statt vieler *Hüffer/Schäfer* in *Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG*, 3. Aufl. 2020, § 47 Rn. 75; *Tröger* in *KK-AktG*, 3. Aufl. 2021, § 136 Rn. 117; *St. Schneider*, *Der Stimmbindungsvertrag*, 2017, S. 25 ff.

³ Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) vom 24.6.2021, BGBl. I 2021, Nr. 53.

Zur Veranschaulichung der Fragestellung mag folgender *Beispielfall* dienen: A und B sind Gesellschafter einer GmbH. In einem Konsortialvertrag haben sie vereinbart, dass sie sich jeweils im Vorfeld der Gesellschafterversammlungen der GmbH nach bestimmten Regeln auf eine einheitliche Linie verständigen und anschließend in der GmbH-Gesellschafterversammlung entsprechend abstimmen werden. Ferner ist vereinbart, dass der Konsortialvertrag so lange Bestand haben soll, wie A und B Gesellschafter der GmbH sind, und der Vertrag daher in diesem Zeitraum nicht ordentlich gekündigt werden kann. Ist dieser Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts wirksam? Und macht es für die Beurteilung einen Unterschied, ob der Konsortialvertrag vor oder nach Inkrafttreten des MoPeG zum 1.1.2024 abgeschlossen wurde?

II. DIE RECHTSLAGE VOR DEM MOPEG

Nach dem bis zum 31.12.2023 geltenden Recht richtete sich die Kündigung von GbR-Gesellschaftsverträgen und damit auch von Stimmrechtskonsortien nach § 723 BGB a.F. Schon unter Geltung dieser Vorschrift stand außer Frage, dass der Vertrag jedenfalls *außerordentlich*, also aus wichtigem Grund, gekündigt werden kann (§ 723 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.) und dieses außerordentliche Kündigungsrecht auch nicht abdingbar ist (§ 723 Abs. 3 BGB a.F.; insoweit übereinstimmend § 725 Abs. 6 BGB n.F.). Sehr kündigungsfreundlich war das alte Recht aber auch in Bezug auf die *ordentliche* Kündigung. Sofern die Gesellschaft (hier: die Konsortialvereinbarung) auf unbestimmte Zeit eingegangen wurde, war sie nach der gesetzlichen Regelung jederzeit kündbar (§ 723 Abs. 1 BGB a.F.). Zulässig war zwar die Vereinbarung einer Kündigungsfrist (§ 723 Abs. 1 Satz 6 BGB a.F.); ein unbefristeter Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts konnte aber – anders als im neuen Recht (s.u. III.) – nicht vereinbart werden (§ 723 Abs. 3 BGB a.F.).⁴

Der Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts war vielmehr nur zulässig, wenn entweder die Dauer der Gesellschaft insgesamt auf eine bestimmte Zeit begrenzt wurde (§ 723 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F.) oder wenigstens der Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts entsprechend befristet wurde.⁵ Für eine Befristung in diesem Sinne war es nun zwar nicht unbedingt notwendig, dass diese an exakte Kalenderdaten geknüpft wurde. Verlangt wurde aber doch, dass die Gesellschafter die Dauer ihrer Bindung einigermaßen übersehen und sich darauf in ähnlicher Weise wie bei einer kalendarischen Festlegung einstellen können.⁶ Die in dem Beispielfall getroffene Abrede, dass der Konsortialvertrag so lange Bestand haben soll, wie die Konsorten Anteile an der Hauptgesellschaft (der GmbH) halten, stellt nach diesem

⁴ S. zum alten Recht etwa C. Schäfer in MünchKomm. BGB, 8. Aufl. 2020, § 723 Rn. 70; Lübke in BeckOGK BGB, Stand: 1.9.2023, § 723 Rn. 94, 96.

⁵ Zur Vereinbarkeit eines befristeten Ausschlusses der ordentlichen Kündigung mit § 723 Abs. 3 BGB a.F. auch in unbefristeten Gesellschaften statt vieler Lübke (Fn. 4), § 723 Rn. 105; Wälzholz GmbH 2009, 1020, 1025 f.; s. auch schon RG, 14.3.1919, Rep. II 393/18, RGZ 95, 147, 151 mit dem Hinweis, dass ein befristeter Kündigungsausschluss u.U. auch ohne ausdrückliche Abrede angenommen werden kann (dazu auch noch Fn. 9).

⁶ BGH, 11.7.1968, II ZR 179/66, BGHZ 50, 316, 321 f.; BGH, 29.6.1992, II ZR 284/91, ZIP 1992, 1552, 1554; OLG Karlsruhe, 26.10.1999, 8 U 65/99, NZG 2000, 304, 305.

Maßstab *keine* hinreichende Zeitbestimmung i.S. des § 723 Abs. 1 Satz 2 BGB a.F. dar; denn sie lässt offen, wie lange die Beteiligung an der Hauptgesellschaft fortbestehen wird, und gewährleistet daher keine Überschaubarkeit der zeitlichen Bindung der Konsorten.⁷ Anderes würde zwar gelten, wenn die Dauer der Hauptgesellschaft ihrerseits durch eine entsprechende Satzungsbestimmung (§ 3 Abs. 2 Var. 1 GmbHG) zeitlich bestimmt wäre, doch wird dies in aller Regel nicht der Fall sein.

Die Prüfung nach der alten Rechtslage führt daher geradewegs zu dem Ergebnis, dass ein Ausschluss der ordentlichen Kündigung wie der im Beispielsfall verabredete nach § 723 Abs. 3 BGB a.F. nicht wirksam vereinbart werden konnte. Den Konsorten wurden daher unter Geltung des alten Rechts diverse Ausweichstrategien empfohlen, um die ordentliche Kündbarkeit der Konsortialvereinbarung immerhin einzuschränken oder ihre Folgen abzumildern. Dazu zählte namentlich die Möglichkeit, eine großzügig bemessene Kündigungsfrist nach § 723 Abs. 1 Satz 6 BGB a.F. zu vereinbaren⁸ und/oder das ordentliche Kündigungsrecht für eine großzügig bemessene Frist auszuschließen.⁹ Dabei war aber stets zu beachten, dass die Fristen nicht unangemessen lang sein durften, da eine zwar bestimmte, aber überlange Bindung als unzulässige Umgehung des § 723 Abs. 3 BGB a.F. eingestuft wurde.¹⁰ Teilweise wurde neben § 723 Abs. 3 BGB auch § 138 BGB zur Kontrolle von überlangen Bindungen herangezogen, ohne die Kontrollmaßstäbe klar voneinander abzugrenzen.¹¹ Die genaue Grenzziehung zulässiger Zeitbestimmungen blieb bis zuletzt mit erheblichen Unsicherheiten behaftet, da sie von einer Interessenabwägung im Einzelfall abhing. Als Obergrenze wurden häufig 30 Jahre genannt, meist jedoch mit dem Zusatz, dass nach Lage des Einzelfalls auch kürzere Fristen gegen § 723 Abs. 3 BGB a.F. verstoßen können.¹² Neben oder anstelle einer langen Befristung wurde als

⁷ Ebenso für Konsortialverträge, die für die (ihrerseits unbefristete) Dauer der Hauptgesellschaft abgeschlossen werden, *Hüffer/C. Schäfer* (Fn. 1), § 47 Rn. 75; *Noack*, *Gesellschaftervereinbarungen in Kapitalgesellschaften*, 1994, S. 231; *Rodemann*, *Stimmbindungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten Deutschlands, Englands, Frankreichs und Belgiens*, 1998, S. 15 f. Auch der BGH hat Unterbeteiligungen und stille Gesellschaften, die auf die (unbegrenzte) Dauer der Hauptgesellschaft abgeschlossen werden, als auf unbestimmte Zeit eingegangen und daher als ordentlich kündbar angesehen; BGH, 11.7.1968, II ZR 179/66, BGHZ 50, 316, 321 f.; BGH, 29.6.1992, II ZR 284/91, ZIP 1992, 1552, 1554.

⁸ *Lübke* (Fn. 4), § 723 Rn. 104.

⁹ S. nochmals die Nachw. in Fn. 5. Die ältere Rechtsprechung nahm bei Stimmbindungsvereinbarungen teilweise recht großzügig einen konkludenten Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts an; sehr weitgehend insbes. RG 17.6.1939, II 19/39, DR 1940, 244, 246; dazu auch *Lübbert*, *Abstimmungsvereinbarungen in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG-Staaten, der Schweiz und Großbritanniens*, 1971, S. 104 f., 143 f. m.w.N.; mit Recht kritisch *Rodemann* (Fn. 7), S. 14 ff.

¹⁰ Exemplarisch BGH, 18.9.2006, II ZR 137/04, NJW 2007, 295 Rn. 8 ff. (Ausschluss des Rechts zur ordentlichen Kündigung in einer Anwaltssozietät für einen Zeitraum von 30 Jahren); BGH, 22.5.2012 – II ZR 205/10, NZG 2012, 984 Rn. 12 ff. (Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts in einer als Außen-GbR verfassten Kapitalanlagegesellschaft für einen Zeitraum von 31 Jahren); *C. Schäfer* (Fn. 4), § 723 Rn. 64 ff.

¹¹ Aus der Rechtsprechung etwa BGH, 21.3.2005, II ZR 310/03, NJW 2005, 1784, 1786; klar differenzierend zwischen § 723 Abs. 3 BGB a.F. und § 138 BGB aber BGH, 22.5.2012 – II ZR 205/10, NZG 2012, 984 Rn. 21 (s. dazu noch unten zu III. 3. a) im Text zu Fn. 35).

¹² Näher dazu (mit Überblick über die Kasuistik und weiteren Nachw.) etwa *C. Schäfer* (Fn. 4), § 723 Rn. 66; *K. Schmidt/Fleischer* in *MünchKomm. HGB*, 5. Aufl. 2022, § 132 Rn. 33; speziell für Stimmbindungsverträge *St. Schneider* (Fn. 2), S. 191 ff.

weiteres Schutzinstrument empfohlen, im Konsortialvertrag für den Fall der Kündigung vorzusehen, dass die übrigen Konsorten gegen angemessenen finanziellen Ausgleich zur Übernahme des von dem Kündigenden gehaltenen Anteils an der Hauptgesellschaft berechtigt sind.¹³ Dass darin keine unzulässige Kündigungserschwerung i.S. des § 723 Abs. 3 BGB a.F. liegt, hatte der BGH ausdrücklich bestätigt.¹⁴

III. DIE NEUE RECHTSLAGE

1. *Abdingbarkeit des ordentlichen Kündigungsrechts, aber vorbehaltlich der Sittenwidrigkeitsschranke*

Durch das MoPeG hat sich diese Rechtslage wesentlich verändert. Die entscheidende Änderung findet sich im neuen § 725 BGB, der in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich die Kündigung der Mitgliedschaft in einer rechtsfähigen (Außen-) GbR regelt, über die Verweisung in § 740a Abs. 3 BGB aber auch für die Beendigung einer nicht rechtsfähigen (Innen-) GbR gilt und im Übrigen auch in den Personenhandelsgesellschaften eine Entsprechung findet (§ 132 HGB). Nach § 725 Abs. 6 BGB sind nunmehr auch in unbefristeten Gesellschaften nur noch der Ausschluss sowie Beschränkungen der *außerordentlichen* Kündigungsrechte nach Abs. 2 (wichtiger Grund) und Abs. 4 (Kündigung nach Eintritt der Volljährigkeit eines Gesellschafters) unwirksam. Die ordentliche Kündigung (§ 725 Abs. 1 BGB) wird dagegen nicht mehr von dem Abbedingungsverbot erfasst. Der Gesetzgeber hat damit einen Vorschlag aufgegriffen, den *Karsten Schmidt* schon 1983 in seinem Gutachten zur Schuldrechtsreform unterbreitet hatte.¹⁵ Wörtlich heißt es dazu in der Begründung des Regierungsentwurfs zum MoPeG:¹⁶

„Absatz 6 übernimmt im Wesentlichen den geltenden § 723 Abs. 3 BGB, führt ihn aber auf seinen eigentlichen Schutzzweck zurück. Der geltende § 723 Abs. 3 BGB enthält das allgemeine Verbot, das Kündigungsrecht auszuschließen oder entgegen dieser Vorschrift zu beschränken. Gerechtfertigt ist das nur für das Recht zur außerordentlichen Kündigung nach Abs. 2 und 4. Denn das Eingehen einer Bindung ohne zeitliche Begrenzung und ohne Kündigungsmöglichkeit ist mit der persönlichen Freiheit der Gesellschafter unvereinbar und kann von ihnen nicht wirksam vereinbart werden. (...) Soweit der geltende § 723 Abs. 3 BGB das Verbot überschießend auch auf das Recht zur ordentlichen Kündigung erstreckt, stellt dies die Kautelarpraxis vor nicht unerhebliche Schwierigkeiten. § 725 Abs. 6 BGB-E ist daher im folgenden Sinne geändert: Das außerordentliche Kündigungsrecht ist unabdingbar, das ordentliche Kündigungsrecht ist es nicht (vgl. K. Schmidt, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts Band 3, 1983, S. 540). Das hat zur Folge, dass Vereinbarungen, die das Recht zur ordentlichen Kündigung nach Abs. 1 ausschließen oder beschränken, sich nicht an der starren Schranke des § 725 Abs. 6 BGB-E messen lassen müssen, sondern

¹³ Rodemann (Fn. 7), S. 16 f.

¹⁴ BGH, 13.6.1994, II ZR 38/93, BGHZ 126, 226, 230 ff.

¹⁵ K. Schmidt in Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, 1983, S. 150; ablehnend dagegen noch C. Schäfer, Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag, 2016, S. E 91 f.

¹⁶ BT-Drs. 19/27635, S. 173 f.

*an der beweglichen Schranke des § 138 BGB, wobei die Wertung des § 725 Abs. 6 BGB-
E Eingang in die Sittenwidrigkeitsprüfung findet.“*

2. Echte Neuorientierung oder grundsätzliche Kontinuität zum bisherigen Recht?

Müssen sich nach neuem Recht Vertragsbestimmungen, welche die ordentliche Kündigung ausschließen oder erheblich erschweren, somit nur noch an der Schranke der Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) messen lassen, bleibt freilich die Frage, wie streng dieser allgemeine Prüfungsmaßstab ist. Je strenger die Prüfung am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB ausfällt, desto geringer ist letztlich die Abweichung vom bisherigen Recht. Ein Blick ins Schrifttum zeigt, dass die ersten Stellungnahmen zu dieser Frage ganz unterschiedlich ausfallen.

Auf der einen Seite des Meinungsspektrums steht die vor allem von *Carsten Schäfer* prominent vertretene Position, dass der Gesetzgeber keine grundsätzlichen Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage beabsichtigt habe und die freiheitssichernde Funktion des ordentlichen Kündigungsrechts nunmehr im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB zur Geltung zu bringen sei. Ein gänzlicher Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts sei daher nach wie vor ebenso grundsätzlich unwirksam wie Vereinbarungen, welche die Wirksamkeit der Kündigung vom Vorliegen bestimmter Gründe abhängig machen.¹⁷ Die zitierte Bemerkung aus den Gesetzesmaterialien, dass im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung die Wertung des § 725 Abs. 6 BGB (also die prinzipielle Abdingbarkeit des ordentlichen Kündigungsrechts) zu berücksichtigen sei, hält *Schäfer* für „nicht ganz leicht erklärbar“; richtigerweise sei die Wertung des § 725 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen mit der Folge, dass eine vertragliche Regelung im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB umso begründungsbedürftiger sei, je weiter sie von dem in dieser Vorschrift vorgesehenen ordentlichen Kündigungsrecht und der gesetzlichen Kündigungsfrist (nunmehr drei Monate zum Jahresende) abweiche.¹⁸ Im Ergebnis könne daher auch hinsichtlich der Frage überlanger Befristungen (s.o. II.) an die bisherigen Grundsätze angeknüpft werden.¹⁹

Auch wenn diese Einschätzung teilweise Zuspruch gefunden hat,²⁰ wird sie doch von der Mehrzahl der Stimmen, die sich bisher zum neuen Recht geäußert haben, nicht geteilt. Die überwiegende Ansicht geht vielmehr dahin, dass auch der unbefristete Ausschluss der ordentlichen Kündigung nach neuem Recht grundsätzlich zulässig ist und aus § 138 Abs. 1 BGB nur in besonders begründungsbedürftigen Ausnahmefällen

¹⁷ C. *Schäfer* in MünchKomm. BGB, 9. Aufl. 2024, § 725 Rn. 72; ebenso zu § 132 HGB *ders.* in Staub, HGB, 6. Aufl. 2024, § 132 Rn. 47; ihm folgend M. *Roth* in Hopt, HGB, 44. Aufl. 2025, § 132 Rn. 15 (die bisherigen Grundsätze „bleiben weiter anwendbar“); wohl auch *Lieder* in Erman, BGB, 17. Aufl. 2023, § 725 Rn. 25 f.; ohne weiteres die zu § 723 Abs. 3 BGB a.F. anerkannten Grundsätze fortschreibend auch *Hanke/Ammermann* in Heidel, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2024, § 725 Rn. 28 f.; zu § 132 HGB dezidiert *Heidel* in Heidel/Schall, HGB, 4. Aufl. 2024, § 132 Rn. 52 ff.

¹⁸ C. *Schäfer* (Fn. 17), § 725 Rn. 66; *ders.* (Fn. 17), § 132 Rn. 50.

¹⁹ C. *Schäfer* (Fn. 17), § 725 Rn. 65 f.

²⁰ S. nochmals die Nachw. in Fn. 17; daran zweifelnd, ob sich die Gesetzesänderung praktisch nennenswert auswirken wird, ferner *Hoffmann* in Festschrift Heidel, 2021, S. 79, 90; offenlassend *Schöne* in BeckOK BGB, Stand: 1.5.2025, § 725 Rn. 20.

anderes folgen kann.²¹ Einschränkend wird teilweise hinzugefügt, dass dies jedenfalls dann gelten müsse, wenn die Gesellschafter – wie im Fall der bloßen Innengesellschaft – kein persönliches Haftungsrisiko trifft und durch den Kündigungsausschluss auch keine unzumutbare Einschränkung der Berufsfreiheit zu befürchten ist.²²

In der Tat kann angesichts der angeführten Begründung des Regierungsentwurfs (s.o. III. 1.) bei Licht besehen kein Zweifel bestehen, dass es entschieden zu kurz greift, die zu § 723 Abs. 3 BGB a.F. anerkannten Grundsätze unter dem neuen Prüfungsmaßstab des § 138 Abs. 1 BGB mehr oder weniger unverändert fortzuschreiben. Wenn die Entwurfsbegründung moniert, dass § 723 Abs. 3 BGB a.F. „überschießend“ war und die Kautelarpraxis – wie unter II. dargelegt – „vor nicht unerhebliche Schwierigkeiten“ stellte, kommt darin doch ganz offensichtlich der Wille des Gesetzgebers zum Ausdruck, dass der neue Kontrollmaßstab weniger streng ausfallen soll und der Kautelarpraxis ungleich größere Spielräume eröffnet werden sollen als bisher. Wenn es in der Begründung weiter heißt „das außerordentliche Kündigungsrecht ist unabdingbar, das ordentliche Kündigungsrecht ist es nicht“, wird damit der neue Grundsatz der Abdingbarkeit so unmissverständlich formuliert, dass es auf nichts weniger als eine Verkehrung des gesetzgeberischen Willens hinausläuft, wenn gleichwohl behauptet wird, der Gesetzgeber habe keine grundsätzlichen Änderungen vornehmen wollen und der dauerhafte Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts sei auch nach neuem Recht weiterhin grundsätzlich unzulässig. Sieht man in der Dispositivität des ordentlichen Kündigungsrechts den neuen Grundsatz, erweist sich auch die weitere Bemerkung in der Entwurfsbegründung, dass im Rahmen der beweglichen Schranke des § 138 BGB die Wertung des § 725 Abs. 6 BGB (also die prinzipielle Abdingbarkeit des ordentlichen Kündigungsrechts) zu berücksichtigen ist, keineswegs als schwer erklärbar, sondern als unmittelbar einsichtig und stimmig. Sie soll ersichtlich besagen, dass der neue Grundsatz der Abdingbarkeit des ordentlichen Kündigungsrechts nicht durch eine allzu strenge Sittenwidrigkeitsprüfung so unterlaufen werden darf, dass die neue Regel letztlich doch wieder zur Ausnahme mutiert. Mit all' diesen Aussagen der Entwurfsbegründung ist – in Übereinstimmung mit der überwiegenden Ansicht – nur die Feststellung vereinbar, dass selbst der dauerhafte Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts keineswegs regelmäßig dem Verdikt der Sittenwidrigkeit verfällt, sondern diese nur unter besonderen Umständen ausnahmsweise in Betracht kommt.

Im Schrifttum wird dieser Feststellung zwar vereinzelt entgegengehalten, dass sich in der zitierten Passage der Entwurfsbegründung auch der Satz findet: „Das Eingehen

²¹ Ausführlich *Löcherbach/König/Großmann* DStR 2024, 244, 246 f.; ferner *Guntermann* in Koch, Personengesellschaftsrecht, 2024, § 725 BGB Rn. 28 („nur in krassen Ausnahmefällen“); *Lorz* in Ebenroth/Boujong, HGB, 5. Aufl. 2024, § 132 Rn. 46 f.; *Lübke* in BeckOKG BGB, Stand: 1.4.2025, § 725 Rn. 138, 141 ff.; *Noack* in Heidel/Hirte, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2024, § 10 Rn. 50 („nur noch in absoluten Ausnahmefällen“); *Servatius*, Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2023, § 725 BGB Rn. 42 f.; die erweiterte Gestaltungsfreiheit gerade auch mit Blick auf Pool- und Stimmbindungsvereinbarungen begrüßend *Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltvereins*, NZG 2020, 1133 Rn. 71.

²² *Bochmann* in Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, ZGR Sonderheft 23, 2021, S. 221, 238 f.; auf das Haftungsrisiko abstellend auch *Klöhn* in Henssler/Strohn, 6. Aufl. 2024, § 132 HGB Rn. 21 f.

einer Bindung ohne zeitliche Begrenzung und ohne Kündigungsmöglichkeit ist mit der persönlichen Freiheit der Gesellschafter unvereinbar und kann von ihnen nicht wirksam vereinbart werden.²³ Dieser Satz bezieht sich aber, wie sich aus dem oben (III. 1.) wiedergegebenen vollständigen Zitat unmissverständlich ergibt, allein auf den Ausschluss des *außerordentlichen* Kündigungsrechts. Daher geht es offensichtlich fehl, ihn auch für die ordentliche Kündigung als eine Bestätigung der angeblichen Kontinuität der Rechtslage zu interpretieren.²⁴

3. Kriterien im Rahmen der Sittenwidrigkeitsprüfung

a) Allgemeine Leitlinien der Interessenabwägung

Ein Rechtsgeschäft ist nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn es nach seinem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Beweggrund und Zweck zu entnehmenden Gesamtcharakter mit den guten Sitten nicht zu vereinbaren ist.²⁵ Die Feststellung der Sittenwidrigkeit erfordert mithin eine Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls und der auf allen Seiten betroffenen schutzwürdigen Interessen.²⁶

Was zunächst den Kreis der in die Abwägung einzustellenden Belange betrifft, so lässt sich im Ausgangspunkt sicher an die Rechtsprechung zur Frage der überlangen Befristung unter Geltung des § 723 Abs. 3 BGB a.F. anknüpfen. Nach dieser sind einerseits die schutzwürdigen Interessen des einzelnen Gesellschafters an einer absehbaren, einseitigen Lösungsmöglichkeit, andererseits die Struktur der Gesellschaft, die Art und das Ausmaß der für die Beteiligten aus dem Gesellschaftsvertrag folgenden Pflichten sowie das durch den Gesellschaftsvertrag begründete Interesse an einem möglichst langfristigen Bestand in den Blick zu nehmen.²⁷

Im Rahmen der Abwägung dieser Kriterien ist nun aber, anders als noch unter Geltung des § 723 Abs. 3 BGB a.F., die neue Wertung des § 725 Abs. 6 BGB ebenso zu berücksichtigen wie der Umstand, dass die Sittenwidrigkeitsschranke nur eine äußerste, weit gezogene Grenze der Privatautonomie markiert, die erst tangiert wird, wenn die Abrede das „ethische Minimum“ nicht mehr wahr.²⁸ Im Ergebnis werden daher nach neuem Recht nur noch Fälle zu beanstanden sein, in denen nach den Umständen des Einzelfalls die persönliche und wirtschaftliche Handlungsfreiheit des einzelnen Gesellschafters trotz des fortbestehenden (weiterhin indisponiblen) außerordentlichen Kündigungsrechts so gravierend beeinträchtigt wird, dass diese

²³ Auf diesen Satz verweisend *Heidel* (Fn. 17), § 132 Rn. 56.

²⁴ So aber *Heidel* (Fn. 17), § 132 Rn. 56.

²⁵ Ständige Rechtsprechung, s. nur BGHZ 235, 117 Rn. 31 m.w.N.

²⁶ Speziell im vorliegenden Kontext *Lübke* (Fn. 21), § 725 Rn. 144; *Löcherbach/König/Großmann*, DStR 2024, 244, 247.

²⁷ BGH, 18.9.2006, II ZR 137/04, NJW 2007, 295 Rn. 13; BGH, 22.5.2012 – II ZR 205/10, NZG 2012, 984 Rn. 19.

²⁸ Statt vieler *Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 13. Aufl. 2024, § 46 Rn. 1; *Mansel* in Jauernig, BGB, 19. Aufl. 2023, § 138 Rn. 6; aus der Rechtsprechung etwa BAG, 21.2.2001, 2 AZR 15/00, NZA 2001, 833, 835 („nur in besonders krassen Fällen“); BAG, 16.9.2004, 2 AZR 511/03, juris Rn. 33.

Beeinträchtigung zu dem Interesse an einem stabilen Bestand der Gesellschaft gänzlich außer Verhältnis steht.

Umstände, denen der BGH in der Vergangenheit im Rahmen der Interessenabwägung besondere Bedeutung beigemessen hat, waren aufseiten des kündigungswilligen Gesellschafters insbesondere das bei einer rechtsfähigen (Außen-) GbR bestehende unbegrenzte und für einen nur kapitalistisch beteiligten Anleger unüberschaubare Haftungsrisiko²⁹ sowie bei Berufsausübungsgesellschaften die Berufsfreiheit der durch den Kündigungsausschluss betroffenen Berufsträger.³⁰ Es mag sein, dass diese Umstände nach Lage des Einzelfalls auch künftig von so großem Gewicht sind, dass sie auch nach dem weniger strengen Prüfungsmaßstab der Sittenwidrigkeit zu einer Unwirksamkeit des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung führen können. So wird im Schrifttum vertreten, dass der vom BGH nach § 723 Abs. 3 BGB a.F. beanstandete Ausschluss der ordentlichen Kündigung in einem Rechtsanwalts-Sozietätsvertrag für einen Zeitraum von 30 Jahren³¹ die Berufsfreiheit so stark beschneidet, dass er auch nach § 138 Abs. 1 BGB als unwirksam anzusehen ist.³² Auch wird vertreten, dass sich eine Sittenwidrigkeit mit dem Gedanken der „Selbstentmündigung“ begründen lasse, wenn ein Gesellschafter der unbeschränkten Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten (§ 721 BGB) unterliegt, ohne als Minderheitsgesellschafter auf deren Entstehung entscheidenden Einfluss nehmen und ohne sich aus der Gesellschaft nach freiem Ermessen lösen zu können.³³ Schon Letzteres ist indes nicht unwidersprochen geblieben und zumindest in dieser Allgemeinheit in der Tat fragwürdig, da der neue Grundsatz der Abdingbarkeit dadurch weit eingeschränkt würde und der kündigungswillige Gesellschafter immerhin durch das außerordentliche Kündigungsrecht geschützt ist, sollten die Haftungsrisiken im konkreten Fall tatsächlich ein unzumutbares Niveau erreichen.³⁴ Bezeichnenderweise hat der BGH in einem Fall zum alten Recht, der eine 31-jährige Vertragsbindung eines Anlegers einer (rechtsfähigen) Kapitalanlage-GbR betraf, in dem Zusammenspiel von geringer wirtschaftlicher Beteiligung und unbegrenztem, für den nur kapitalistischen Anleger unüberschaubarem Haftungsrisiko zwar eine erhebliche Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit des kündigungswilligen Gesellschafters gesehen, die eine unzulässige Umgehung des § 723 Abs. 3 BGB a.F. begründet. Im selben Atemzug hat es der Senat aber für möglich gehalten, dass selbst in einem so weitreichenden Fall das Ausmaß der Bindung „noch nicht die Grenze der Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB überschritten haben mag.“³⁵

²⁹ BGH, 22.5.2012 – II ZR 205/10, NZG 2012, 984 Rn. 12 ff.: Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts eines nur kapitalistisch beteiligten, aber voll haftenden Anlegers für einen Zeitraum von 31 Jahren verstößt gegen § 723 Abs. 3 BGB a.F.

³⁰ BGH, 18.9.2006, II ZR 137/04, NJW 2007, 295 Rn. 12 ff.: Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts in einem Anwalts-Sozietätsvertrag für einen Zeitraum von 30 Jahren verstößt gegen § 723 Abs. 3 BGB a.F.

³¹ BGH, 18.9.2006, II ZR 137/04, NJW 2007, 295 Rn. 12 ff.

³² *Andr. Bergmann* in jurisPK-BGB, Stand: 28.3.2025, § 725 Rn. 10.

³³ *Lübke* (Fn. 21), § 725 Rn. 141.

³⁴ Kritisch daher auch *Guntermann* (Fn. 21), § 725 Rn. 29; *Servatius* (Fn. 21), § 725 Rn. 43.

³⁵ BGH, 22.5.2012 – II ZR 205/10, NZG 2012, 984 Rn. 21.

b) Anwendung auf Stimmrechtskonsortien

Die genaue Abgrenzung nach neuem Recht wird Rechtsprechung und Schrifttum sicher noch intensiv beschäftigen. Wendet man sich den hier interessierenden Stimmrechtskonsortien zu, lässt sich aber schon jetzt feststellen, dass auch ein dauerhafter Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts wie der im Beispielfall vereinbarte in aller Regel keinen Bedenken mehr unterliegen wird. Es erscheint nämlich kaum vorstellbar, dass die persönliche und wirtschaftliche Handlungsfreiheit eines Konsorten durch den Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts in einem Stimmrechtskonsortium so stark beeinträchtigt wird, dass dies zu dem Kontinuitätsinteresse der übrigen Konsorten gänzlich außer Verhältnis stünde.³⁶

Da es sich bei dem Konsortium um eine nicht rechtsfähige (Innen-) GbR handelt, droht den Konsorten mangels Verbindlichkeiten des Konsortiums von vornherein kein Risiko, für diese nach § 721 BGB haften zu müssen. Jedenfalls dann, wenn es sich bei der Hauptgesellschaft wie in unserem Beispielfall um eine haftungsbeschränkte Gesellschaft handelt, droht durch die Stimmbindung auch nicht mittelbar eine Erhöhung des Haftungsrisikos der Konsorten in der Hauptgesellschaft. Der Konsortialvertrag begründet in aller Regel auch sonst keine unüberschaubaren finanziellen Belastungen. Auch bleiben die mitgliedschaftlichen Vermögensrechte der Konsorten in der Hauptgesellschaft unberührt. Die Berufsfreiheit der Konsorten wird in der Regel ebenfalls nicht oder nicht erheblich tangiert sein. Auf der anderen Seite besteht aufseiten der nicht kündigungswilligen Konsorten in aller Regel ein legitimes Interesse an der Stabilität des Konsortiums. Besonders augenfällig ist das Interesse an dauerhafter Bindung bei Stimmrechtspools in Familiengesellschaften, die den Familieneinfluss sichern sollen, um das Familienunternehmen als Lebensgrundlage auch für künftige Generationen zu erhalten. Aber auch sonst wird es häufig legitime Gründe für Vertragsgestaltungen geben, die das ordentliche Kündigungsrecht in Stimmrechtskonsortien auf unbestimmte Zeit ausschließen. Man denke etwa an Fälle, in denen sich die Konsorten nur deshalb zur Übernahme von Beteiligungen an der Hauptgesellschaft und ggf. zu erheblichen Investitionen in diese bereitfinden, weil sie aufgrund des Konsortialvertrags davon ausgehen können, über das Konsortium dauerhaft einen (mit-)bestimmenden Einfluss auf die Hauptgesellschaft ausüben zu können.

Insbesondere dem zuerst genannten Umstand, dass die Konsorten in einer nicht rechtsfähigen GbR mangels Gesellschaftsverbindlichkeiten keinem Haftungsrisiko nach § 721 BGB ausgesetzt sind, kommt ganz wesentliche Bedeutung zu. Dies tritt besonders deutlich zutage, wenn man zum Vergleich den Fall heranzieht, dass die Konsorten ihre Stimmrechte nicht in einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft bündeln, sondern dadurch, dass sie ihre Anteile an der Hauptgesellschaft in eine (Holding-) GmbH einbringen. In der GmbH ist es unstreitig zulässig, die Gesellschafter dauerhaft in der Weise an die Gesellschaft zu binden, dass ihre Geschäftsanteile nach § 15

³⁶ Vgl. zum Folgenden auch schon die zum alten Recht angestellte Interessenabwägung bei *St. Schneider* (Fn. 2), S. 191 f., der für eine großzügige Behandlung von Stimmrechtspools plädiert und unter Geltung des § 723 Abs. 3 BGB a.F. eine Ausschöpfung der Obergrenze von 30 Jahren für eine Befristung als zulässig ansieht.

Abs. 5 GmbHG vinkuliert werden und ein Austritt aus der Gesellschaft allein aus wichtigem Grund möglich ist. Dass man nur aus wichtigem Grund aus der GmbH austreten kann, entspricht hier sogar der (quasi-) gesetzlichen Ausgangslage.³⁷ Niemand käme auf den Gedanken, im Recht der GmbH die Kombination aus Vinkulierung und Beschränkung des Austrittsrechts auf Fälle des wichtigen Grundes als sittenwidrig einzustufen. Vielmehr mutet es die Rechtsordnung den Gesellschaftern einer GmbH angesichts der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung zu, vorbehaltlich eines wichtigen Austrittsgrunds auf Dauer in der Gesellschaft zu verbleiben. Angesichts dessen wäre es ungereimt, wollte man im Fall der Stimmrechtsbündelung in einer nicht rechtsfähigen GbR anders entscheiden und hier den dauerhaften Ausschluss der ordentlichen Kündbarkeit des Konsortiums als sittenwidrig verwerfen.

Vor diesem Hintergrund erweisen sich Stimmrechtskonsortien im Ergebnis geradezu als ein Paradebeispiel dafür, dass sich die Rechtslage durch das MoPeG wesentlich verändert hat. Während der unbefristete Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts in unserem eingangs erwähnten Beispielfall nach § 723 Abs. 3 BGB a.F. unzulässig war, ist er unter Geltung des neuen Rechts zulässig und wirksam.

IV. ANWENDBARKEIT DES NEUEN RECHTS AUF ALTFÄLLE

Es bleibt die Frage, wie mit Fällen umzugehen ist, in denen der Konsortialvertrag noch unter Geltung des alten Rechts abgeschlossen, aber nicht vor dem 1.1.2024 gekündigt wurde. Bleibt in dieser Konstellation § 723 Abs. 3 BGB a.F. maßgeblich mit der Folge, dass der unbefristete Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts weiterhin unwirksam ist? Oder wird diese Vertragsbestimmung ab 1.1.2024 (ex nunc) wirksam, weil gegen sie unter Geltung des neuen § 725 Abs. 6 BGB nichts mehr einzuwenden ist?

1. Die Übergangsvorschrift des Art. 229 § 61 EGBGB

In Art. 229 § 61 EGBGB findet sich eine Übergangsvorschrift, die eigens für die §§ 723-728 BGB a.F. die Überleitung zu den durch das MoPeG neu eingeführten Bestimmungen regelt. Danach sind die §§ 723-728 BGB a.F. mangels anderweitiger vertraglicher Vereinbarung nur dann weiter anzuwenden, wenn ein Gesellschafter bis zum 31.12.2024 die Anwendung dieser Vorschriften gegenüber der Gesellschaft schriftlich verlangt, bevor innerhalb dieser Frist ein zur Auflösung der Gesellschaft oder zum Ausscheiden eines Gesellschafters führender Grund eintritt, und dieses Verlangen nicht durch einen Gesellschafterbeschluss zurückgewiesen wird.

a) Grundkonzeption

Die Übergangsvorschrift reagiert darauf, dass das MoPeG die bisherigen (dispositiven) Auflösungsstatbestände der §§ 723-725, 727 f. BGB a.F. – Kündigung der

³⁷ Das Austrittsrecht ist in der GmbH bekanntlich nicht gesetzlich geregelt, der BGH hat ein Recht zum Austritt aus wichtigem Grund aber seit langem anerkannt; BGH, 16.12.1991 – II ZR 58/91, BGHZ 116, 359, 369; obiter auch schon BGH, 1.4.1953, II ZR 235/52, BGHZ 9, 157, 162 f.; aus dem Schrifttum statt vieler *Seibt* in Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2022, Anh. § 34 Rn. 6 ff.

Mitgliedschaft durch Gesellschafter oder Pfändungspfandgläubiger, Tod oder Insolvenz eines Gesellschafters – nun auch in der rechtsfähigen GbR in (dispositive) Ausscheidenstatbestände umgewandelt hat (§ 723 BGB).³⁸ Einen entsprechenden Schritt hatte der Gesetzgeber mit dem Handelsrechtsreformgesetz 1998 schon für OHG und KG vollzogen.³⁹ Schon damals hatte der Gesetzgeber in Art. 41 EGHGB a.F. eine Übergangsregelung getroffen, der nunmehr Art. 229 § 61 EGBGB nachgebildet ist.⁴⁰

Die Vorschrift beruht auf dem Grundgedanken, dass Gesellschafter einer vor dem 1.1.2024 gegründeten Gesellschaft u.U. bewusst im Vertrauen auf die Auflösungstatbestände nach §§ 723 ff. BGB a.F. und die damit verbundenen Rechtsfolgen von abweichenden gesellschaftsvertraglichen Regelungen abgesehen haben und eine Umwandlung der Auflösungs- in Ausscheidenstatbestände an sich nur durch eine Änderung des Gesellschaftsvertrags herbeigeführt werden könnte, im gesetzlichen Regelfall (§ 714 BGB) also nur mit Zustimmung aller Gesellschafter.⁴¹ Daher gewährt Art. 229 § 61 EGBGB jedem Gesellschafter das Recht, bis zum 31.12.2024 die Weiteranwendung der §§ 723-728 BGB a.F. zu verlangen. Dass dieses Verlangen nach Art. 229 § 61 Satz 2 EGBGB durch einen Gesellschafterbeschluss zurückgewiesen werden kann, soll Fällen Rechnung tragen, in denen vertragsändernde Beschlüsse nach dem Gesellschaftsvertrag nicht der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfen und der verlangende Gesellschafter auch keine Sperrminorität hält. (Nur) in diesem Fall kann sein Fortgeltungsverlangen zurückgewiesen werden, weil er unter diesen Umständen auch eine entsprechende Vertragsänderung hätte hinnehmen müssen.⁴²

b) Anwendung auf die hier interessierende Rechtsänderung (Lockerung des Verbots von Kündigungsbeschränkungen)

Im hier interessierenden Kontext geht es freilich nicht um die (ohnehin auf die rechtsfähige GbR beschränkte) Umwandlung der Auflösungs- in Ausscheidenstatbestände, sondern darum, dass das MoPeG mit § 725 Abs. 6 BGB den Spielraum für das ordentliche Kündigungsrecht abbedingende Vertragsbestimmungen gegenüber § 723 Abs. 3 BGB a.F. wesentlich erweitert hat. Die Frage, wie für diese Rechtsänderung das Übergangsrecht zu gestalten ist, stellte sich im Kontext des Handelsrechtsreformgesetzes 1998 noch nicht, weshalb Art. 41 EGHGB a.F. sie nicht in den Blick nehmen musste. Die Anlehnung des Art. 229 § 61

³⁸ In der nicht rechtsfähigen GbR bleibt es hingegen dabei, dass die genannten Tatbestände wie nach altem Recht zur Beendigung der Gesellschaft führen (§ 740a BGB); von *Proff* NZG 2023, 147, 149; *Heidel* ZPG 2024, 401, 402; *Tassius* in: Koch, Personengesellschaftsrecht, 2024, § 740a Rn. 1.

³⁹ §§ 131 ff. HGB i.d.F. durch das Handelsrechtsreformgesetz v. 22.6.1998, BGBl. I, S. 1474.

⁴⁰ Ausdrücklich auf Art. 41 EGHGB a.F. Bezug nehmend Begr. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 219 f.

⁴¹ Begr. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 219.

⁴² Begr. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 219. Bedarf es für eine Vertragsänderung hingegen der Zustimmung des Gesellschafters, der das Fortgeltungsverlangen gestellt hat, kann auch der Zurückweisungsbeschluss nicht gegen seine Stimme gefasst werden. Näher zu den Modalitäten des Fortgeltungsverlangens und den Anforderungen an einen zurückweisenden Gesellschafterbeschluss von *Proff* in BeckOGK EGBGB, Stand: 1.5.2025, Art. 229 § 61 Rn. 31 ff.; *ders.* NZG 2023, 147, 151 ff.; *Heidel*, ZPG 2023, 401, 402 ff.

EGBGB an das Regelungsvorbild des Art. 41 EGHGB a.F. hat nun offensichtlich dazu geführt, dass der MoPeG-Gesetzgeber bei Schaffung des Art. 229 § 61 EGBGB ebenfalls auf den Übergang von den Auflösungs- zu den Ausscheidenstatbeständen konzentriert war; jedenfalls wird in der Entwurfsbegründung immer nur diese Rechtsänderung erwähnt, nicht auch die hier interessierende Änderung, dass das ordentliche Kündigungsrecht jetzt in deutlich weitergehendem Umfang abbedungen werden kann als früher.

Nach ihrem Wortlaut erfasst die Übergangsvorschrift gleichwohl auch die hier interessierende Änderung. Wendet man daher Art. 229 § 61 EGBGB wortlautgetreu auch im vorliegenden Kontext an, gelangt man zu einem differenzierenden Ergebnis: Hat bis zum 31.12.2024 kein Gesellschafter die Fortgeltung der §§ 723-728 BGB a.F. verlangt, ist uneingeschränkt das neue Recht anzuwenden mit der Folge, dass ein nach altem Recht unwirksamer, nach neuem Recht aber zulässiger Ausschluss der ordentlichen Kündigung ab 1.1.2024 (ex nunc) wirksam geworden ist und eine ordentliche Kündigung daher seit diesem Zeitpunkt nicht mehr wirksam erklärt werden kann. Hat jedoch ein Gesellschafter die Fortgeltung der §§ 723-728 BGB a.F. rechtzeitig verlangt und ist dieses Verlangen auch nicht nach Art. 229 § 61 Satz 2 EGBGB zurückgewiesen worden, führt die Anwendung der Übergangsvorschrift zu dem Ergebnis, dass der Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts auch über den 1.1.2024 hinaus unwirksam geblieben ist.

Allerdings stellt sich in letzterem Fall noch die wichtige Folgefrage, wie lange die Fortgeltung wirkt. Ausweislich der Begründung des Regierungsentwurfs ist der letzte Halbsatz von Art. 229 § 61 EGHGB („bevor innerhalb dieser Frist ein ... Grund eintritt“) so gemeint, dass die Fortgeltung nur eingreift, wenn nicht nur das Fortgeltungsverlangen, sondern auch der Auflösungs- bzw. Ausscheidensgrund innerhalb der gesetzlichen Frist (also bis zum 31.12.2024) eingetreten ist.⁴³ Das bedeutet, dass selbst bei erfolgreichem Fortgeltungsverlangen die Fortgeltung des alten Rechts auf den Zeitraum bis 31.12.2024 limitiert ist (!), während für ab dem 1.1.2025 eintretende Auflösungs- oder Ausscheidensgründe uneingeschränkt das neue Recht gilt. Dies wird zwar im Schrifttum mitunter bestritten;⁴⁴ der Wille des Gesetzgebers ist aber angesichts der Begründung klar und, da er in der genannten Formulierung des Gesetzes immerhin ansatzweise zum Ausdruck gekommen ist, für den Rechtsanwender verbindlich.⁴⁵

⁴³ Begr. RegE MoPeG, BT-Drs. 19/27635, S. 220: „Dass sowohl das schriftliche Verlangen als auch der Auflösungs- bzw. Ausscheidensgrund innerhalb der gesetzlichen Frist eingetreten sein müssen, verschafft Rechtssicherheit...“ Ebenso schon zu Art. 41 EGHGB a.F. Begr. RegE HRefG, BT-Drs. 13/8444, S. 72; *Hopt* in Baumbach/Hopt, 31. Aufl. 2003, Art. 41 EGHGB Rn. 1; *K. Schmidt* BB 2001, 1, 6.

⁴⁴ *Heidel* ZPG 2023, 401, 406 f.; *von Proff* (Fn. 42), Art. 229 EGBGB § 61 Rn. 50 (offenlassend noch *ders.* NZG 2023, 147, 152 f.); *C. Schäfer* in MünchHdb. GesR, Bd. 1, 6. Aufl. 2024, § 1 Rn. 11 (wie hier dagegen noch *ders.* in MünchKomm. BGB, 9. Aufl. 2025, Art. 229 EGBGB § 61 Rn. 2, 7).

⁴⁵ Wie hier *Noack* (Fn. 21), § 10 Rn. 23. Die Gegenansicht würde im Übrigen auch zu dem problematischen Ergebnis führen, dass noch nach vielen Jahren altes Recht anwendbar wäre, ohne dass dies für neu beitretende Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrag ablesbar wäre.

Damit lässt sich festhalten: Wendet man Art. 229 § 61 EGBGB auch auf die hier interessierende Rechtsänderung (Lockerung des Verbots von Kündigungsbeschränkungen) an, so gilt ab 1.1.2024 und bei erfolgreichem Fortgeltungsverlangen ab 1.1.2025 das neue Recht mit der Folge, dass ein nach altem Recht unwirksamer, nach neuem Recht aber zulässiger Ausschluss der ordentlichen Kündigung ab diesem Zeitpunkt (ex nunc) wirksam geworden ist.

2. Teleologische Reduktion der Übergangsvorschrift?

Man kann sich allerdings fragen, ob Art. 229 § 61 EGBGB trotz seines weit gefassten Wortlauts wirklich auch auf die hier interessierende Rechtsänderung anwendbar ist oder nicht doch eine teleologische Reduktion angezeigt ist. Wie dargelegt deutet alles darauf hin, dass der Gesetzgeber bei Einführung der Vorschrift nach dem Vorbild des Art. 41 EGHGB a.F. allein die Umwandlung der Auflösungs- in Ausscheidensgründe vor Augen hatte, nicht auch die Erweiterung der Abdingbarkeit des Kündigungsrechts. Es ist mit anderen Worten von einer Anschauungslücke des Gesetzgebers auszugehen. Zudem trifft der Normzweck, an der Fortgeltung des alten Rechts interessierten Gesellschaftern immerhin für eine Übergangszeit (bis 31.12.2024) Vertrauensschutz zu gewähren, weil sie u.U. im Vertrauen auf das alte Recht von abweichenden gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen abgesehen haben, auf die hier interessierende Rechtsänderung nicht zu. Denn diese besteht ja nur darin, dass der Gestaltungsspielraum für vertragliche Kündigungsbeschränkungen erweitert wird und das neue Recht dem Ausschluss der ordentlichen Kündigung, den die Gesellschafter selbst vereinbart haben (!), nunmehr zur Wirksamkeit verhilft. Die Anwendung des neuen Rechts führt hier also anders als bei der Umwandlung der Auflösungs- in Ausscheidenstatbestände nicht dazu, dass den Gesellschaftern eine von ihnen u.U. nicht gewollte Regelung aufgezwungen wird, sondern ganz im Gegenteil dazu, dass ihrem bei Abfassung des Gesellschaftsvertrags geäußerten Parteiwillen entsprochen wird.

Angesichts dessen kann man durchaus in Betracht ziehen, Art. 229 § 61 EGBGB teleologisch so zu reduzieren, dass der Übergang von dem Verbot der Kündigungsbeschränkungen nach § 723 Abs. 3 BGB a.F. zu dem weniger weitreichenden Verbot des § 725 Abs. 6 BGB schon gar nicht in den Anwendungsbereich der Übergangsvorschrift fällt. Die Frage hat aber letztlich nur (sehr) begrenzte praktische Bedeutung. Wenn man nämlich nicht Art. 229 § 61 EGBGB anwendet, bleibt es stattdessen bei der allgemeinen Regel, dass die durch das MoPeG neu eingeführten Vorschriften ab dem 1.1.2024 auch auf Altgesellschaften Anwendung finden,⁴⁶ soweit sie nicht an eine Handlung knüpfen, für die noch das vor dem 1.1.2024 maßgebliche Recht maßgeblich ist.⁴⁷ Für ab dem 1.1.2024 ausgesprochene

⁴⁶ Dies entspricht allgemeiner Ansicht, s. nur *Geibel* in BeckOGK BGB, Stand: 15.12.2024, § 705 Rn. 42; *Grunewald* NZG 2025, 13 Rn. 9; *C. Schäfer* (Fn. 44), § 1 Rn. 10.

⁴⁷ Zu dieser Einschränkung BGH, 20.3.2025, V ZB 32/24, ZIP 2025, 1304 Rn. 14 (Anwendung der §§ 730 ff. BGB a.F., wenn Auflösungsgrund vor dem 1.1.2024 eingetreten ist) im Anschluss an *Servatius* (Fn. 21), § 705 Rn. 4 und *Heidel* ZPG 2023, 401, 402 (der BGH zitiert 404, aber gemeint ist offenbar 402); ferner BGH, 16.7.2024, II ZR 71/23, NJW 2024, 2985 Rn. 13 (keine Anwendung des neuen Beschlussmängelrechts nach §§ 110 ff. HGB auf Gesellschafterbeschlüsse, die vor dem 1.1.2024 gefasst wurden); BGH, 3.12.2024, II ZR 143/23, ZIP 2025, 957 Rn. 9 (Reichweite der

Kündigungen gilt nach dieser Lösung also uneingeschränkt § 725 Abs. 6 BGB mit der Folge, dass ein nach altem Recht unwirksamer, nach neuem Recht aber zulässiger Ausschluss der ordentlichen Kündigung diese wirksam ausschließt.

Auf die Frage einer teleologischen Reduktion der Übergangsvorschrift kommt es somit nur an, wenn ein erfolgreiches Fortgeltungsverlangen nach Art. 229 § 61 EGBGB gestellt wurde. In diesem Fall ist der vereinbarte Ausschluss der ordentlichen Kündigung bei Anwendung der Übergangsvorschrift erst ab 1.1.2025 ex nunc wirksam geworden, bei einer teleologischen Reduktion hingegen schon ab 1.1.2024. Ist dagegen – wie häufig – kein Fortgeltungsverlangen gestellt worden, gelangt man auf beiden Wegen dazu, dass ab 1.1.2024 ex nunc das neue Recht gilt.

V. ERGEBNISSE

Nach alledem lassen sich die Ergebnisse der Untersuchung in folgenden Leitsätzen zusammenfassen:

1. Das MoPeG hat das Verbot von Kündigungsbeschränkungen nach § 723 Abs. 3 BGB a.F. wesentlich eingeschränkt. Der neue § 725 Abs. 6 BGB, der über die Verweisung in § 740a BGB auch für nicht rechtsfähige Gesellschaften und damit auch für als solche verfasste Stimmrechtskonsortien gilt, schließt nur noch Beschränkungen des außerordentlichen Kündigungsrechts aus. Der Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts ist dagegen jetzt auch auf unbefristete Dauer grundsätzlich zulässig; eine Grenze bildet nur noch die Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB.
2. Mit dieser Rechtsänderung geht nach dem klaren Willen des Gesetzgebers eine wesentliche Lockerung des Prüfungsmaßstabs einher, weshalb es entgegen abweichenden Stimmen im Schrifttum fehl geht, die bisher zu § 723 Abs. 3 BGB a.F. entwickelten Grundsätze weitgehend unverändert auf die Kontrolle am Maßstab des § 138 Abs. 1 BGB zu übertragen. Im Gegenteil ist auch ein dauerhafter, unbefristeter Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts nach neuem Recht nur noch in Ausnahmefällen zu beanstanden.
3. Stimmrechtskonsortien bilden ein anschauliches Beispiel dafür, wie wesentlich sich die Rechtslage verändert hat. Der unbefristete Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts ist hier nunmehr in aller Regel unbedenklich. Da in einer nicht rechtsfähigen Gesellschaft kein Haftungsrisiko für Gesellschaftsverbindlichkeiten besteht und die bloße Beteiligung an einem Stimmrechtskonsortium regelmäßig auch nicht die Berufsfreiheit der Konsorten einschränkt, ist es in aller Regel kaum vorstellbar, dass ein (sei es auch unbefristeter) Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts die persönliche und wirtschaftliche Handlungsfreiheit eines Konsorten so unvertretbar einengt, dass die weit gezogene Grenze der Sittenwidrigkeit erreicht wäre.

Kommanditistenhaftung bestimmt sich nach altem Recht, wenn sämtliche Handlungen, die eine Haftung begründen könnten, vor dem 1.1.2024 vorgenommen wurden). Eine vor dem 1.1.2024 zugegangene Kündigung ist demzufolge noch am alten Recht zu messen; *Heidel* ZPG 2023, 401, 402; *Servatius* in *Heidel/Hirte*, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2024, § 19 Rn. 54.

4. Die hier beschriebene Änderung der Rechtslage ist nicht nur für gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen von Bedeutung, die ab dem 1.1.2024 neu getroffen werden. Vielmehr wird auch ein nach altem Recht unwirksamer, nach neuem Recht aber zulässiger Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts in einem Altvertrag ab dem Zeitpunkt ex nunc wirksam, ab dem das neue Recht Anwendung findet. Der hierfür maßgebliche Stichtag ist jedenfalls dann, wenn kein Fortgeltungsverlangen nach Art. 229 § 61 EGBGB gestellt wurde, der 1.1.2024, andernfalls – je nachdem, wie man zu der aufgeworfenen Frage der teleologischen Reduktion der Übergangsvorschrift steht – spätestens der 1.1.2025.