

# **Schuldrecht Besonderer Teil IV**

8. Auflage 2020  
ISBN 978-3-406-72607-1  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründete auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

sind. So liegt etwa ein Mietvertrag zwischen Gesellschafter und Gesellschaft nur vor, wenn die Gebrauchsüberlassung der betreffenden Sache nicht als Beitrag geschuldet, sondern zwischen den Parteien frei ausgehandelt wird. Aber auch wenn die Leistung, wie etwa die darlehensweise Hingabe von Geld, auf Grund eines besonderen Rechtsgeschäfts erbracht wird, wird dadurch eine echte Drittgläubigerforderung doch nur begründet, wenn der Gesellschafter sich nicht im Gesellschaftsvertrag zur Darlehengewährung verpflichtet hatte (→ § 706 Rn. 5).

Auch wenn sich die Ansprüche und Verbindlichkeiten von Gesellschaftern aus Drittgeschäften entsprechend der unterschiedlichen Rechtsgrundlage deutlich von den im Gesellschaftsvertrag begründeten Sozialverbindlichkeiten und -ansprüchen unterscheiden, lassen sich die Grenzen der Geltendmachung derartiger Drittgläubigerforderungen doch *nicht isoliert von der Gesellschafterstellung* des Berechtigten beurteilen. Vielmehr **überlagert** die Gesellschaftsbeziehung auch diese außergesellschaftsrechtlichen Rechtsverhältnisse. So kann der Gesellschafter eine Drittgläubigerforderung zwar grundsätzlich auch außerhalb der Liquidation unmittelbar gegen Mitgesellschafter verfolgen (zur Lage in der Abwicklungsgesellschaft → § 730 Rn. 53). Diese haften ihm wie einem Dritten als Gesamtschuldner,<sup>570</sup> sie können ihn nicht etwa auf die vorrangige Inanspruchnahme der Gesellschaft verweisen, zumal die Gesellschafter durch ihren gegen die Gesellschaft gerichteten Freistellungsanspruch ausreichend geschützt werden.<sup>571</sup> Wohl aber muss er sich im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern den im Innenverhältnis auf ihn entfallenden *Verlustanteil* anrechnen lassen;<sup>572</sup> der Geltendmachung des vollen Anspruchs stünde der Arglisteinwand entgegen. Darüber hinaus ist die Geltendmachung auch dieser Ansprüche nicht ganz ohne Rücksicht auf die **Treupflicht** möglich. Sie kann es je nach Lage des Falles gebieten, bei der Durchsetzung des Anspruchs im Rahmen des Zumutbaren auf überragende Belange vor allem von Mitgesellschaftern, ggf. auch der Gesellschaft selbst Rücksicht zu nehmen.<sup>573</sup> Zusätzliche Beitragspflichten des Gesellschafters als Drittgläubiger abweichend von § 707 lassen sich hierdurch freilich nicht begründen. – Aus dem Gesellschaftsverhältnis resultierende Einwendungen gegen die Drittgläubigerforderung können nach § 404 auch einem dritten Zessionar entgegengesetzt werden.<sup>574</sup>

**4. Actio pro socio. a) Überblick.** Unter *actio pro socio* versteht man abweichend von dem gleichnamigen römischem Institut<sup>575</sup> das Recht jedes Gesellschafters, von Mitgesellschaftern Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft zu verlangen und **im eigenen Namen Klage auf Leistung an die Gesellschaft** zu erheben.<sup>576</sup> Die Befugnis bezieht sich ausschließlich auf **Sozialansprüche**, dh auf solche Verpflichtungen von Gesellschaftern, die ihre Grundlage unmittelbar oder mittelbar im Gesellschaftsvertrag haben (→ Rn. 207). Praktische Bedeutung hat sie in erster Linie für *Beitragspflichten* sowie für *Schadensersatzpflichten* gegenüber der Gesellschaft aus der Verletzung des Gesellschaftsvertrags oder der in ihm begründeten Geschäftsführungspflichten. Die

<sup>570</sup> Schon vor Durchsetzung der Akzessorietätstheorie (→ § 714 Rn. 5, → § 714 Rn. 33 f.) ganz hM, vgl. statt aller BGH NJW 1983, 749; WM 1970, 280 (KG); Soergel/*Hadding/Kießling* Rn. 57; Erman/*Westermann* Rn. 61; Habersack/Schäfer/*Habersack* HGB § 128 Rn. 13, jeweils mwN, auch zur Rspr. des RG; für *pro rata*-Haftung aber Walter JuS 1982, 86; Walter JZ 1983, 261. – Zur Durchsetzbarkeit des Anspruchs im Abwicklungsstadium → § 730 Rn. 53 (str.); zur abw. Beurteilung (*pro rata*-Haftung) beim Regress eines Gesellschafters wegen Inanspruchnahme aus Gesellschaftsschulden → Rn. 224.

<sup>571</sup> RGZ 85, 157 (162); 153, 305 (311 f.); BGH ZIP 2013, 2305 Rn. 32 ff.; DNotZ 2014, 865 (866); Soergel/*Hadding/Kießling* Rn. 57; Erman/*Westermann* Rn. 61; Staudinger/*Habermeier*, 2003, Rn. 42; BeckOK BGB/*Schöne* Rn. 130; aA – für Subsidiarität der Gesellschafterhaftung – noch Walter JuS 1982, 85 f. und das Schrifttum zum OHG-Recht, Habersack/Schäfer/*Habersack* HGB § 128 Rn. 13, 26; Hueck OHG § 21 V 1; MüKoHGB/K. Schmidt HGB § 128 Rn. 20; Baumbach/Hopt/Roth HGB § 128 Rn. 24.

<sup>572</sup> Ganz hM, vgl. BGH NJW 1983, 749; ZIP 2002, 394 (396); Soergel/*Hadding/Kießling* Rn. 57; Staudinger/*Habermeier*, 2003, Rn. 42; Habersack/Schäfer/*Habersack* HGB § 128 Rn. 13, 25; Baumbach/Hopt/Roth HGB § 128 Rn. 24; stärker einschr. (*pro rata*-Haftung) aber Walter JuS 1982, 85 f.

<sup>573</sup> Zurückhaltend BGH ZIP 2013, 2305 Rn. 36 ff.: nur für Ausnahmefälle; vgl. ferner Soergel/*Hadding/Kießling* Rn. 57; Erman/*Westermann* Rn. 61; Habersack/Schäfer/*Habersack* HGB § 128 Rn. 13, 26; Walter JZ 1983, 261 mwN.

<sup>574</sup> BGH NJW 1983, 749; Habersack/Schäfer/*Habersack* HGB § 128 Rn. 25; MüKoHGB/K. Schmidt HGB § 128 Rn. 20; Baumbach/Hopt/Roth HGB § 128 Rn. 24; einschr. – nur bezüglich der Anrechnung des Verlustanteils – Walter JZ 1983, 261; Schlegelberger/K. Schmidt HGB § 128 Rn. 20; A. Hueck OHG § 21 V 2, 330.

<sup>575</sup> Dazu *Hadding*, *Actio pro socio*, 1966, 17 ff. mwN; *Diederichsen* ZHR 132 (1969), 290 (291 f.); *Altmeppen* FS Musielak, 2004, 2 f. Vgl. aber auch *Schanbacher* AG 1999, 21 (26 f.), der entgegen der heute vorherrschenden Ansicht die Zusammenhänge zwischen römischem und heutiger *actio pro socio* betont.

<sup>576</sup> Vgl. nur Soergel/*Hadding/Kießling* Rn. 48 ff.; Erman/*Westermann* Rn. 57 ff.; Staudinger/*Habermeier*, 2003, Rn. 46 ff.; BeckOK BGB/*Schöne* Rn. 116 ff.; K. Schmidt GesR § 21 IV 1. Eingehend M. Schwab, Das Prozessrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten, 2005, 45 ff.

Klage kann grundsätzlich auch im Liquidationsstadium erhoben werden; insoweit ist es im Einzelfall auch zulässig, dass Mitgesellschafter auf Leistung an sich selbst klagen (→ § 730 Rn. 35).<sup>577</sup> – Unterlassungsansprüche gegen Gesellschafter in Bezug auf Maßnahmen der Geschäftsführung können mit der *actio pro socio* nicht durchgesetzt werden, da ein solches Vorgehen auf einen Eingriff in das Geschäftsführungsrecht hinauslieft;<sup>578</sup> anderes gilt nur bei gesellschaftswidrigem Zusammenwirken zwischen klagebefugtem Geschäftsführer und Gesellschaftsschuldner (→ Rn. 212 mwN).

**211** Die grundsätzliche Anerkennung der *actio pro socio* als „eigenes Klagerecht“ jedes Gesellschafters zur Durchsetzung von Sozialansprüchen (→ Rn. 207) und ihre Qualifizierung als fester Bestandteil der Gesellschaftsrechtsordnung<sup>579</sup> dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine Reihe von **Rechtsfragen** im Zusammenhang mit der *actio pro socio*, darunter ihre Zulässigkeitsvoraussetzungen, ihre prozessuellen Wirkungen, aber auch ihre Rechtsgrundlagen, nach wie vor **umstritten** sind. Unter ihnen kommt praktische Bedeutung vor allem der Frage zu, ob die *actio pro socio* nur subsidiär eingreift und ihre Geltendmachung daher besonderer Rechtfertigung bedarf oder ob sie grundsätzlich gleichrangig neben der Klagebefugnis der Geschäftsführer steht (→ Rn. 216), sowie welche prozessuellen Folgen die *actio pro socio* für das Rechtsverhältnis zwischen Gesellschaft und verklagtem Gesellschafter hat (→ Rn. 220 f.). In grundsätzlicher Hinsicht geht die Auseinandersetzung darum, ob der Gesellschafter mit der *actio pro socio* ein eigenes materielles Recht geltend macht oder ob er in Prozessstandschaft für die Gesellschaft handelt, dh ein dieser zustehendes Recht im eigenen Namen einklagt (→ Rn. 213 f.).

**212** **Keinen** Gegenstand der *actio pro socio* als mitgliedschaftliche Klagebefugnis bilden **sonstige Ansprüche der Gesellschaft gegen Gesellschafter oder Dritte als Schuldner**, die nicht auf dem Gesellschaftsvertrag beruhen, sondern auf Rechtsgeschäften der Gesellschaft mit dem Schuldner. Die Rspr. lässt die gerichtliche Durchsetzung auch derartiger Ansprüche durch nicht geschäftsführungs- und vertretungsbefugte Gesellschafter unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise in zwei Fällen dann zu, wenn die Klage im eigenen Namen auf Leistung an die Gesellschaft erhoben wird.<sup>580</sup> **Voraussetzungen** für die erste dieser Fallgruppen sind (1) das berechtigte Interesse des Gesellschafters an der Geltendmachung des Anspruchs, (2) die gesellschaftswidrige Untätigkeit der vertretungsbefugten Geschäftsführer sowie (3) das Zusammenwirken des **Dritten** als Schuldner mit dem gesellschaftswidrig Handelnden (→ § 719 Rn. 11).<sup>581</sup> Für die zweite Fallgruppe stellt die Rspr. analog § 744 Abs. 2 darauf ab, dass die Einzelklage – als **Notkompetenz** – angesichts der pflichtwidrigen Untätigkeit des Geschäftsführers und angesichts seines Zusammenwirkens mit dem Schuldner zur Durchsetzung der geltendgemachten Forderung im vorrangigen Interesse der Gesellschaft oder gar zur Rettung der Gesellschaft insgesamt erforderlich ist (→ § 709 Rn. 21).<sup>582</sup> Eine **Gleichsetzung** dieser außergewöhnlichen Fälle einer quasi-gesetzlichen Prozessstandschaft<sup>583</sup> mit der *actio pro socio*<sup>584</sup> ist allerdings *nicht* veranlasst;<sup>585</sup> ihr stehen nicht nur die jeweils unterschiedlichen Klagevoraussetzungen entgegen, sondern auch und vor allem der fehlende Zusammenhang dieser beiden außerordentlichen Klagebefugnisse mit der für die *actio pro socio* kennzeichnenden Mitgliedschaftssphäre.

**213** **b) Mitgliedschaftsrecht (Prozessstandschaft).** Darüber, dass es sich bei der *actio pro socio* um ein aus der Mitgliedschaft fließendes Klagerecht des Gesellschafters handelt, besteht heute im Wesentlichen Einigkeit.<sup>586</sup> Zu Recht wird in der neueren Diskussion namentlich auch seine Funk-

<sup>577</sup> Vgl. BGH WM 1967, 275.

<sup>578</sup> BGHZ 76, 160 (168) = NJW 1980, 1463 (KG); Erman/Westermann Rn. 57; Staudinger/Habermeier, 2003, Rn. 46; BeckOK BGB/Schöne Rn. 120; iErg ebenso Zöllner ZGR 1988, 392 (431); aA Grunewald, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, 30 f.: bei offensichtlich unvertretbaren Maßnahmen; noch weitergehend Raiser ZHR 153 (1989), 1 (27, 33); Bork/Oepen ZGR 2001, 515 (537 f.): auch Klage auf Erzwingung von bestimmten Maßnahmen.

<sup>579</sup> So Wiedemann GesR I § 5 III 2b, 272.

<sup>580</sup> Dazu näher Bork/Oepen ZGR 2001, 515 (543 ff.); Grunewald/Otte ZIP 2017, 1737; vgl. auch Kort DStR 2001, 2164 f.

<sup>581</sup> Grdl. BGHZ 39, 14 (16 ff.) = NJW 1963, 641; so auch BGHZ 102, 152 (154 f.) = NJW 1988, 558; BGH NJW 2000, 734; OLG Dresden NZG 2000, 248 (249); OLG Düsseldorf NZG 2000, 475.

<sup>582</sup> BGHZ 17, 181 (187) = NJW 1955, 1027; BGH NJW 2000, 3272; BayObLGZ 1990, 260 (263); OLG Dresden NZG 2000, 248 (250).

<sup>583</sup> Ebenso Kort DStR 2001, 2162 (2163 f.); aA – für gewillkürte Prozessstandschaft – Bork/Oepen ZGR 2001, 515 (549 ff.).

<sup>584</sup> Für diese Gleichsetzung aber Bork/Oepen ZGR 2001, 515 (549 ff.); Kort DStR 2001, 2162 (2163 f.).

<sup>585</sup> Sie lässt sich weder auf die Rspr. zu den beiden Fallgruppen noch auf die hM zur *actio pro socio* stützen, die sich ausdrücklich auf *Sozialansprüche* beschränkt (→ Rn. 210).

<sup>586</sup> Diesen Aspekt betonen namentlich BGH NJW 1992, 1890 (1892); ZIP 2010, 1232 Rn. 3; Flume BGB AT I 2 § 8 V 1, 301 (anders noch Flume BGB AT I 1 § 10 IV, 142); Lutter AcP 180 (1980), 84 (133 f.); Soergel/Hadding/Kießling Rn. 50; Erman/Westermann Rn. 57; Teichmann AcP 179 (1979), 475 (485); Wiedemann GesR I § 5 III 2b, 273 f.; Wiedemann GesR I § 8 IV 1c, 459 ff.; Altmeppen FS Musielak, 2004, 25.

tion als *Minderheitsrecht* betont.<sup>587</sup> Daraus ergibt sich jedoch noch keine Antwort auf die Frage, wer Inhaber des mit der Klage geltend gemachten materiellrechtlichen Anspruchs ist. Die **früher überwM** ging insoweit trotz unstreitiger Zugehörigkeit der Sozialansprüche zum Gesamthandsvermögen (→ Rn. 207) von der Geltendmachung eines **eigenen Rechts** durch den klagenden Gesellschafter aus; es handle sich um Ansprüche aus dem Gesellschaftsvertrag, deren Erfüllung sich die Gesellschafter bei Vertragsschluss *wechselseitig zugesagt* hätten.<sup>588</sup> Soweit man sich um eine dogmatische Absicherung dieser Ansicht bemühte, die der Sache nach auf die Annahme zweier im Ansatz zu unterscheidender, auf dasselbe Ziel gerichteter Ansprüche hinauslief, wurde auf die ähnliche Rechtslage beim berechtigenden Vertrag zu Gunsten Dritter (§§ 328, 335) verwiesen; wie dort sei der Anspruch der Gesellschaft (als begünstigter Dritter) auf Erfüllung, derjenige der Mitgesellschafter (als Versprechensempfänger) auf Leistung an die Gesellschaft gerichtet.<sup>589</sup> Trotz dieser Aufspaltung in zwei Ansprüche wurde freilich einhellig betont, dass verfügbegut über den (?) Anspruch grundsätzlich nur die Gesellschaftergesamtheit sei.<sup>590</sup>

Der Lehre von der *actio pro socio* als Verfolgung eines *eigenen Rechts* des klagenden Gesellschafters ist indessen **nicht zu folgen**.<sup>591</sup> Denn sie verträgt sich nur schwer mit dem Charakter des Gesellschaftsvertrags als eines nicht auf Austausch, sondern auf Begründung einer Zweckgemeinschaft gerichteten, regelmäßig mit Gesamthandsvermögen ausgestatteten Rechtsverhältnisses (→ Rn. 165 f.). Auch führt sie im Hinblick auf die Anspruchsverdoppelung und das Verhältnis zwischen gesamthänderisch gebundenem Sozialanspruch und individuellen Gesellschafteransprüchen zu unnötigen Schwierigkeiten. Wie nicht zuletzt das Beispiel der §§ 309 Abs. 4 S. 1 und 2, 317 Abs. 4 AktG zeigt, setzt die Anerkennung eines aus der Mitgliedschaft folgenden Rechts von Gesell-

<sup>587</sup> So schon *Hueck* OHG § 18 II 3, 266, Fn. 21; ebenso *Flume* BGB AT I 1 § 10 IV, 144; *Staudinger/Habermeier*, 2003, Rn. 46; *BeckOK BGB/Schöne* Rn. 117; *Fischer* ZGR 1979, 251 (260 f.); *Flume* BGB AT I 2 § 8 V 1, 301 (anders noch *Flume* BGB AT I 1 § 10 IV, 142); *Lutter* AcP 180 (1980), 84 (133 f.); *Soergel/Hadding/Kießling* Rn. 50; *Erman/Westermann* Rn. 57; *Teichmann* AcP 179 (1979), 475 (485); *Wiedemann* GesR I § 5 III 2b, 273 f.; *Wiedemann* GesR I § 8 IV 1c, 459 ff. unter besonderer Hervorhebung der Kontrollfunktion der *actio pro socio*; *Altmeppen* FS Musielak, 2004, 25; *K. Schmidt* GesR § 16 III 2b; *K. Schmidt* GesR § 21 IV 1c: „Minderheitenschutzinstrument“.

<sup>588</sup> So BGHZ 25, 47 (49) = NJW 1957, 1358; BGH NJW 1973, 2198; WM 1956, 88 (89); 1960, 399 (400); *Staudinger/Kehler*, 12. Aufl. 1979, Rn. 64; *GroßkommHGB/Fischer*, 3. Aufl. 1973, HGB § 124 Anm. 11; *Flume* FS Raiser, 1974, 27; *Flume* BGB AT I 1 § 10 IV, 142 (anders jetzt aber *Flume* BGB AT I 2 § 8 V 1, 301); *Hueck* OHG § 18 II 3, 261ff.; *Nitschke* ZHR 128 (1966), 48 (87 ff.); in neuerer Zeit noch *Reuter* GmbHR 1981, 138; *Raiser* ZHR 153 (1989), 1 (11); *Schanbacher* AG 1999, 21 (27); *Altmeppen* FS Musielak, 2004, 14 ff.; *Kreutz* FS *Hadding*, 2004, 513 (518 ff., 526 f.); wohl auch *Lutter* AcP 180 (1980), 133 f. trotz seines Hinweises auf den Charakter der *actio pro socio* als Mitgliedschaftsrecht. Gegenansichten vgl. *Teichmann* AcP 179 (1979), 475 (485) in Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Ansicht von *Flume* BGB AT I 1 § 10 IV, 142 ff., noch dazu vor dem Hintergrund von dessen Lehre betr. die GbR als teilrechtsfähige Gruppe; *Soergel/Hadding/Kießling* Rn. 50; *Erman/Westermann* Rn. 57; *Staudinger/Habermeier*, 2003, Rn. 46; *BeckOK BGB/Schöne* Rn. 117; *Habersack/Schäfer* HGB § 105 Rn. 256; *Baumbach/Hopt/Roth* HGB § 109 Rn. 32; *Berger*, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, 1992, 275 f.; *Grunewald*, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, 13 f.; *Hadding*, *Actio pro socio*, 1966, 58 f., 65, 101; *Hadding* JZ 1975, 164; *Bork/Oepen* ZGR 2001, 520 ff.; *Wiedemann* GesR I § 8 IV 1c, 461; *Mock Rabels*Z 72 (2008), 270; tendenziell auch *Flume* BGB AT I 2 § 8 V 1, 301; *Lutter* AcP 180 (1980), 134; *K. Schmidt* GesR § 21 IV 3 und 4.

<sup>589</sup> So *Gaussmüller* DB 1954, 860; *U. Huber*, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil, 1970, 24 ff.; aA *Hadding*, *Actio pro socio*, 1966, 43 ff.; *Nitschke* ZHR 128 (1966), 48 (88 f.). Für Parallelen zu §§ 428, 432 aber *Altmeppen* FS Musielak, 2004, 14 f. Allg. zur Unterscheidung des Leistungsanspruchs des Dritten von dem in § 335 geregelten Erfüllungsanspruch des Versprechensempfängers → § 335 Rn. 1; *Palandt/Grüneberg* § 335 Rn. 1; *Erman/Westermann* § 335 Rn. 3; aA auch insoweit *Hadding* AcP 171 (1971), 403 (413 ff.).

<sup>590</sup> Ganz hm, vgl. BGHZ 25, 47 (50) = NJW 1957, 1358; BGH NJW 1985, 2830 (2831); *Hueck* OHG § 18 II 3, 263; *Wiedemann* GesR I § 5 III 2b, 274; *Wiedemann* GesR I § 8 IV 1c, 460; *Staudinger/Habermeier*, 2003, Rn. 48; *BeckOK BGB/Schöne* Rn. 122; *Hadding*, *Actio pro socio*, 1966, 97 f.; anders aber *Raiser* ZHR 153 (1989), 1 (23).

<sup>591</sup> So zutr. *Teichmann* AcP 179 (1979), 475 (485) in Auseinandersetzung mit der gegenteiligen Ansicht von *Flume* BGB AT I 1 § 10 IV, 142 ff., noch dazu vor dem Hintergrund von dessen Lehre betr. die GbR als teilrechtsfähige Gruppe. Vgl. auch *Soergel/Hadding/Kießling* Rn. 50; *Erman/Westermann* Rn. 57; *Staudinger/Habermeier*, 2003, Rn. 46; *BeckOK BGB/Schöne* Rn. 117; *Habersack/Schäfer* HGB § 105 Rn. 256; *Baumbach/Hopt/Roth* HGB § 109 Rn. 32; *Berger*, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, 1992, 275 f.; *Grunewald*, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, 13 f.; *Hadding*, *Actio pro socio*, 1966, 58 f., 65, 101; *Hadding* JZ 1975, 164; *Bork/Oepen* ZGR 2001, 520 ff.; *Teichmann* AcP 179 (1979), 475 (485); *Wiedemann* GesR I § 8 IV 1c, 461; *Mock Rabels*Z 72 (2008), 270; tendenziell auch *Flume* BGB AT I 2 § 8 V 1, 301; *Lutter* AcP 180 (1980), 134; nach der Struktur der GbR diff. *K. Schmidt* GesR § 21 IV 3 und 4.

schaftern zur prozessualen Geltendmachung von Gesellschaftsforderungen *nicht* voraus, dass dieses sich auf die Durchsetzung eines *eigenen* Anspruchs des Klägers richtet.<sup>592</sup> Bei der *actio pro socio* handelt es sich vielmehr um einen Fall der **Prozessstandschaft**.<sup>593</sup> Dieser Sicht hat sich neuerdings wohl auch die höchstrichterliche Rspr. angeschlossen.<sup>594</sup> **Anders** verhält es sich freilich bei der **Innengesellschaft**, da die *actio pro socio* hier naturgemäß nicht der Durchsetzung von Ansprüchen der (nicht rechtsfähigen) Gesellschaft dienen kann. Vielmehr kann es hier allein um die Erfüllung von Individualansprüchen gehen, die ohne weiteres vom einzelnen Gesellschafter zugunsten der übrigen geltend zu machen ist; die *actio pro socio* bedeutet in der Innengesellschaft also „nichts anderes als die Durchsetzung von Ansprüchen unter Gesellschaftern.“<sup>595</sup>

**215 Umstritten** ist unter den Vertretern der Prozessstandschaft, ob es sich bei dieser um eine **gewillkürte**<sup>596</sup> oder eine **gesetzliche Befugnis**<sup>597</sup> handelt. Zugunsten *gewillkürter* Prozessstandschaft wird vorgebracht, dass es insoweit an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung fehle. Die Befugnis soll sich vielmehr, da die Gesellschaftsverträge durchweg keine entsprechende Regelung enthalten, kraft ergänzender Vertragsauslegung (!) ergeben; ihr Ausschluss (?) könnte in Verbindung mit weiteren Einschränkungen des Minderheitenschutzes gegen § 138 Abs. 1 oder § 242 verstößen.<sup>598</sup> Diese Ansicht ist für den Regelfall<sup>599</sup> nicht nur methodisch unhaltbar, sondern verkennt auch die historischen Wurzeln der *actio pro socio* in der Lehre von der *societas*.<sup>600</sup> Vielmehr handelt es sich um eine *quasigesetzliche* Befugnis kraft ungeschriebenen (Gewohnheits-)Rechts.<sup>601</sup> In ihren Wirkungen entspricht sie nach wohl hM einer gesetzlichen, dh die Eigenbefugnisse der Gesellschaft nicht einschränkenden Prozessstandschaft (→ Rn. 220 f.). Als Minderheitsrecht kann sie im Gesellschaftsvertrag zwar eingeschränkt, insbesondere von erschwerenden Voraussetzungen abhängig gemacht, aber nicht völlig abbedungen werden;<sup>602</sup> als Grenze der Privatautonomie bietet sich der Maßstab des § 716 Abs. 2 an.<sup>603</sup>

**216 c) Folgerungen. aa) Klagevoraussetzungen.** Die **Zulässigkeit** der *actio pro socio* hängt einerseits ab von der *Gesellschafterstellung des Klägers*. Fehlt sie oder entfällt sie während des Rechts-

<sup>592</sup> Vgl. nur Hüffer/Koch/Koch AktG § 309 Rn. 21a.

<sup>593</sup> Heute hM, so Soergel/Hadding/Kießling Rn. 50; Erman/Westermann Rn. 57; Staudinger/Habermeier, 2003, Rn. 46; BeckOK BGB/Schöne Rn. 117; Habersack/Schäfer/Schäfer HGB § 105 Rn. 256; Baumbach/Hopt/Roth HGB § 109 Rn. 32; Berger, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, 1992, 275 f.; Grunewald, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, 13 f.; Hadding, *Actio pro socio*, 1966, 58 f., 65, 101; Hadding JZ 1975, 164; Bork/Oepen ZGR 2001, 520 ff.; Teichmann AcP 179 (1979), 475 (485); Wiedemann GesR I § 8 IV 1c, 461; Mock RabelsZ 72 (2008), 270; tendenziell auch Flume BGB AT I 2 § 8 V 1, 301; Lutter AcP 180 (1980), 134; nach der Struktur der GbR diff. K. Schmidt GesR § 21 IV 3 und 4.

<sup>594</sup> Vgl. BGH NJW 2000, 505 (506) – Ablehnung eines auf Nichteistung auch der Verpflichtung des aus *actio pro socio* vorgehenden Klägers gestützten Zurückbehaltungsrechts des Beklagten nach § 273; offenlassend aber BGH NJW 1985, 2830 (2831); 1992, 1890 (1891); ZIP 2010, 1232 Rn. 3.

<sup>595</sup> K. Schmidt GesR § 21 IV 2, 633; zust. Schäfer Gutachten E zum 71. DJT, 2016, 43.

<sup>596</sup> So Grunewald, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, 12 ff.; Soergel/Hadding/Kießling Rn. 50; Bork/Oepen ZGR 2001, 526 f.; nicht eindeutig Erman/Westermann Rn. 57; BeckOK BGB/Schöne Rn. 117.

<sup>597</sup> So insbes. Berger, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, 1990, 277; Becker, Verwaltungskontrolle durch Gesellschafterrechte, 1997, 543; Kort DStR 2001, 2163; Mock RabelsZ 72 (2008), 271; MHdR GesR I/Wépert § 6 Rn. 25; wohl auch Staudinger/Habermeier, 2003, Rn. 46.

<sup>598</sup> So Grunewald, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, 36; Bork/Oepen ZGR 2001, 527.

<sup>599</sup> Gewillkürte Prozessstandschaft liegt allerdings dann vor, wenn die vertretungsberechtigten Gesellschafter der Klage im Namen des nicht vertretungsberechtigten Gesellschafters zustimmen; dazu BGH NJW 1988, 1585 (1586 f.); OLG Düsseldorf ZIP 1985, 1000.

<sup>600</sup> Vgl. dazu Schanbacher AG 1999, 21 (26 f.).

<sup>601</sup> Der Einwand der Gegner (quasi-)gesetzlicher Prozessstandschaft, der Streit um Voraussetzungen und Rechtsfolgen der *actio pro socio* stehe der Anerkennung als Gewohnheitsrecht entgegen, so Bork/Oepen ZGR 2001, 526; Altmeppen FS Musielak, 2004, 10 (14 f.), verkennt, dass umstritten nur die Details der Ausgestaltung der Rechtsfigur sind, während die grds. Anerkennung der *actio pro socio* allg. Rechtsüberzeugung und tatsächlicher Übung entspricht.

<sup>602</sup> So mit unterschiedlicher Grenzziehung zutr. die ganz hM, vgl. BeckOK BGB/Schöne Rn. 122; Staudinger/Habermeier, 2003, Rn. 46; U. Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil, 1970, 28 f.; Flume BGB AT I 1 § 10 IV, 144; Lutter AcP 180 (1980), 84 (132); Grunewald, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, 34 ff.; Wiedemann GesR I § 5 III 2b, 274; Martens, Mehrheits- und Konzernherrschaft, 1970, 96; aA – für Abdingbarkeit – noch Soergel/Schultze-v. Lasaulx, 10. Aufl. 1969, Rn. 59; Hueck OHG § 18 II 3, 267; Hadding, *Actio pro socio*, 1966, 65; offenlassend BGH WM 1973, 1291 (1292); NJW 1985, 2830 (2831).

<sup>603</sup> Ebenso Wiedemann GesR I § 5 III 2b, 274.

streits, so ist die Klage als unzulässig abzuweisen;<sup>604</sup> die auf den Übergang der Sachlegitimation abstellende Vorschrift des § 265 ZPO greift insoweit nicht ein.<sup>605</sup> Darüber hinaus liegt die *Darlegungs- und Beweislast für die Notwendigkeit der Klageerhebung* entgegen der hM<sup>606</sup> bei dem aus der *actio pro socio* vorgehenden Kläger.<sup>607</sup> Dies folgt aus der **Subsidiarität** der *actio pro socio*; denn die Durchsetzung von Sozialansprüchen ist primär Sache der Geschäftsführer.<sup>608</sup> Die damit verbundene Einschränkung der Klagebefugnis beruht freilich nicht auf deren Rechtsnatur als Prozessstandschaft, sondern auf ihrem Charakter als Minderheitsrecht und der mit dessen Ausübung verbundenen Durchbrechung der gesellschaftsrechtlichen Zuständigkeitsordnung für die Geltendmachung von Sozialansprüchen.<sup>609</sup> Die Klage ist daher nicht erst dann unzulässig, wenn das Vorgehen des Klägers sich nach Lage des Falles als treuwidrig erweist.<sup>610</sup> Vielmehr muss der Kläger als Zulässigkeitsvoraussetzung seinerseits die Gründe vortragen und ggf. beweisen, aus denen sich die Erforderlichkeit der Klage durch ihn ergibt. Keine Bedeutung kommt dem Subsidiaritätsfordernis demgemäß aber in der **Innengesellschaft** zu (→ Rn. 214 aE).

Neben der *actio pro socio* lässt es der BGH (nicht nur) bei der *Publikumsgesellschaft* neuerdings auch zu, dass die Gesellschafter zur Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen gegen Geschäftsführer einen **besonderen Vertreter** analog § 46 Nr. 8 Hs. 2 GmbHG, § 147 Abs. 2 S. 1 AktG bestellen.<sup>611</sup> Dies ist auch dann zulässig, wenn die Gesellschaft im Schadensersatzprozess durch einen weiteren, nicht selbst betroffenen Geschäftsführer vertreten werden könnte, weil – so der Senat – nicht anzunehmen sei, dass dieser Geschäftsführer die Interessen der Gesellschaft gegenüber seinen Kollegen mit dem nötigen Nachdruck vertrete. Freilich wird man nicht davon auszugehen haben, dass die *actio pro socio* gegenüber diesem Instrument subsidiär wäre, also nur noch dann in Betracht kommt, wenn die Bestellung des Vertreters (trotz Stimmverbots eines betroffenen Gesellschafters, → § 709 Rn. 65 f.) an der notwendigen (einfachen) Beschlussmehrheit scheitert.<sup>612</sup> Wohl aber kann angenommen werden, dass die *actio pro socio* – vor allem bei Publikumsgesellschaften – de facto zurückgedrängt wird, weil sie für den klagenden Gesellschafter nun einmal

<sup>604</sup> OLG Karlsruhe NJW 1995, 1296; OLG Düsseldorf ZMR 2001, 182f.; Frücht NJW 1996, 1327f.; Erman/Westermann Rn. 59; Staudinger/Habermeier, 2003, Rn. 47; BeckOK BGB/Schöne Rn. 118; aA Hörstel NJW 1995, 1271; nach Art des Ausscheidens diff. Bork/Oepen ZGR 2001, 529f.

<sup>605</sup> Insoweit aA BGH NJW 1960, 964; aber auch Hadding, *Actio pro socio*, 1966, 102; wie hier Wiedemann GesR I § 8 IV 1c, 46; Erman/Westermann Rn. 59.

<sup>606</sup> Sie beschränkt sich darauf, die aus der Treupflicht folgende Grenze der *actio pro socio* zu betonen (vgl. BGHZ 25, 47 [50] = NJW 1957, 1358; → 3. Aufl. 1997, Rn. 149; Hueck OHG § 18 II 3, 266f.; Flume BGB AT I 1 § 10 IV, 143; Raiser ZHR 153 [1989], 1 [23]; Altmeppen FS Musielak, 2004, 15; wohl auch Wiedemann GesR I § 5 III 2b, 274, § 8 IV 1c, 460; aA einerseits U. Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil, 1970, 27, der eine Einschränkung unter dem Gesichtspunkt der Treupflicht ganz ablehnt, andererseits [Zulassung der Klage nur bei Handlungsbedarf wegen Untätigkeit der Geschäftsführer] die bei → Rn. 214 zur Prozessstandschaft genannten Autoren) und kommt insoweit zur Darlegungs- und Beweislast des sich auf den Treupflichtverstoß berufenden Beklagten.

<sup>607</sup> Ebenso zu Recht Erman/Westermann Rn. 59; Grunewald, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, 14f., 21; im Ansatz auch Hadding, *Actio pro socio*, 1966, 59ff.; Nitschke ZHR 128 (1966), 48ff.; ihnen folgend Lutter AcP 180 (1980), 84 (134), allerdings unter zu starker Betonung der Subsidiaritätsschranke auf Kosten der Minderheitsschutzfunktion der *actio pro socio*; zu weitgehend auch RGZ 171, 51 (54f.); dagegen zu Recht BGHZ 25, 47 (50) = NJW 1957, 1358; und die ganz hM im Schriftum, vgl. → 3. Aufl. 1997, Rn. 149; Hueck OHG § 18 II 3, 266f.; Flume BGB AT I 1 § 10 IV, 143; Raiser ZHR 153 (1989), 1 (23); Altmeppen FS Musielak, 2004, 15; wohl auch Wiedemann GesR I § 5 III 2b, 274; Wiedemann GesR I § 8 IV 1c, 460.

<sup>608</sup> Zur Subsidiarität s. nur BGH NJW 1974, 1555: „Hilfsrecht“; K. Schmidt ZGR 2011, 108 (125); Soergel/Hadding/Kießling Rn. 50.

<sup>609</sup> Darauf haben vor allem Hadding, *Actio pro socio*, 1966, 53ff.; Nitschke ZHR 128 (1966), 48 (86) zu Recht hingewiesen; so iErg auch Kreutz FS Hadding, 2004, 526f.; für Ableitung aus der Treupflicht Altmeppen FS Musielak, 2004, 15.

<sup>610</sup> So aber BGHZ 25, 47 (50) = NJW 1957, 1358; → 3. Aufl. 1997, Rn. 149; Hueck OHG § 18 II 3, 266f.; Flume BGB AT I 1 § 10 IV, 143; Raiser ZHR 153, (1989), 1 (23); Altmeppen FS Musielak, 2004, 15; wohl auch Wiedemann GesR I § 5 III 2b, 274; Wiedemann GesR I § 8 IV 1c, 460. AA einerseits U. Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil, 1970, 27, der eine Einschränkung unter dem Gesichtspunkt der Treupflicht ganz ablehnt, andererseits (Zulassung der Klage nur bei Handlungsbedarf wegen Untätigkeit der Geschäftsführer): Erman/Westermann Rn. 59; Grunewald, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, 14f., 21; im Ansatz auch Hadding, *Actio pro socio*, 1966, 59ff.; Nitschke ZHR 128 (1966), 48ff.; Lutter AcP 180 (1980), 84 (134).

<sup>611</sup> BGH ZIP 2010, 2345 Rn. 8 (Übertragung der Anspruchsdurchsetzung auf Beirat) unter Berufung auf Karrer NZG 2008, 206; Baumbach/Hopt/Roth HGB § 124 Rn. 42; vgl. ferner K. Schmidt ZGR 2011, 108.

<sup>612</sup> So aber Konzen FS Hommelhoff, 2012, 565 (579f.).

riskant und kostenträchtig ist, so dass die Vertreterbestellung regelmäßig als der **attraktivere Rechtsbehelf** erscheint.<sup>613</sup>

**218** An die **Darlegung und den Beweis der Zulässigkeitsvoraussetzungen** sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen, wenn das Minderheitsrecht nicht leerlaufen soll.<sup>614</sup> Schon gar nicht kommt es auf die Zustimmung der Mitgesellschafter zur Klageerhebung an;<sup>615</sup> in einer solchen Zustimmung läge vielmehr die Übertragung gewillkürter Prozessführungsbefugnis an den klagenden Gesellschafter.<sup>616</sup> Stattdessen genügt der schlüssige Vortrag, dass der Gesellschaft ein durchsetzbarer Sozialanspruch gegen den oder die verklagten Mitgesellschafter zusteht und dass die Aufforderung an die Geschäftsführer, den Anspruch geltend zu machen, entweder erfolglos oder – wegen deren eigener Betroffenheit – nicht Erfolg versprechend war.<sup>617</sup> Im Übrigen ist zu verlangen, dass der klagebereite Gesellschafter die *Interessen der Gesellschaft* berücksichtigt und sich nicht vorrangig vom eigenen Interesse leiten lässt.<sup>618</sup> Das gilt namentlich bei der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen; der Verzicht hierauf ist ihm umso eher zuzumuten, je geringer Tragweite und Auswirkungen der Vertragsverletzung sind und je größere Nachteile sich aus dem einseitigen Vorgehen für den Gesellschaftsfrieden ergeben können. Daher wird das Gericht bei Schadensersatzklagen gegen Mitgesellschafter auch darüber zu befinden haben, ob nicht der Widerspruch eines an der Pflichtverletzung unbeteiligten Geschäftsführers gemäß § 711 der Klageerhebung entgegensteht.<sup>619</sup> Demgegenüber ist ein Widerspruch gegen die Klage auf Beitragszahlung in aller Regel als unbeachtlich zurückzuweisen, weil sich die Beitragspflicht unmittelbar und ausreichend bestimmt aus dem Gesellschaftsvertrag ergibt.<sup>620</sup>

**219** Für die **Begründetheit** der im Wege der *actio pro socio* erhobenen Klage sind der materiell-rechtliche Bestand und die Durchsetzbarkeit des Sozialanspruchs maßgebend. Schreibt etwa der Gesellschaftsvertrag für die Einziehung der Beiträge einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss vor, so kann sich der Beitragsschuldner hierauf auch der *actio pro socio* gegenüber berufen. Gleches gilt, wenn die Mitgesellschafter auf Grund eines vertraglich zugelassenen Mehrheitsbeschlusses wirksam auf den Sozialanspruch verzichtet oder ihn gestundet haben: durch einen solchen Beschluss wird auch der mit der *actio pro socio* geltend gemachte Erfüllungsanspruch entsprechend umgestaltet.<sup>621</sup> Der Minderheitsgesellschafter ist ausreichend dadurch geschützt, dass er gegen den Beschluss selbst vorgehen und ggf. die Wirksamkeit der darin liegenden Vertragsänderung angreifen kann.<sup>622</sup> Über den geltend gemachten Anspruch als solchen kann er auch im Rechtsstreit nicht verfügen; daher sind ihm Prozessvergleich oder Anspruchsverzicht verwehrt.

**220 bb) Prozessuale Wirkungen.** Die Klage begründet ein Prozessrechtsverhältnis des im *eigenen* Namen klagenden Gesellschafters zum Beklagten. Der Kläger kann freilich nur solche Prozesshandlungen vornehmen, die nicht (wie der Vergleich) zugleich eine materiellrechtliche Verfügung über den Anspruch enthalten (→ Rn. 219). Der Kläger und nicht die Gesellschaft ist Kostenschuldner;<sup>623</sup>

<sup>613</sup> IdS auch *K. Schmidt* ZGR 2011, 108 (125).

<sup>614</sup> Zu weitgehend daher *Hadding*, *Actio pro socio*, 1966, 53 ff.; *Nitschke* ZHR 128 (1966), 48 (86); ihnen folgend *Windel*, Der Interventionsgrund des § 66 Abs. 1 ZPO als Prozessführungsbefugnis, 1992, 169; aber auch *Bork/Oepen* ZGR 2001, 534.

<sup>615</sup> So aber RGZ 171, 51 (54); jetzt auch *Bork/Oepen* ZGR 2001, 535 f.; dagegen zu Recht BGHZ 25, 47 (50) = NJW 1957, 1358; und die ganz hM im Schrifttum, vgl. schon *Hueck* OHG § 18 II 3, 265.

<sup>616</sup> BGH NJW 1988, 1585 (1586 f.); OLG Düsseldorf ZIP 1985, 100; vgl. auch BGH NJW 1987, 3121 (3122): Umdeutung einer unwirksamen Abtretung der Schadensersatzforderung in die Einräumung der Prozessführungsbefugnis.

<sup>617</sup> AA *Hadding*, *Actio pro socio*, 1966, 59 ff., der die *actio pro socio* nur für zulässig hält, wenn entweder eine Gesamtwillensbildung in der Gesellschaft wegen der geringen Gesellschafterzahl nicht möglich oder die Ablehnung der Anspruchsdurchsetzung durch die Mehrheit treuwidrig ist oder schließlich wenn der Anspruch sich gegen den einzigen vertretungsbefugten Gesellschafter richtet; ähnlich auch *Bork/Oepen* ZGR 2001, 532 ff.

<sup>618</sup> Vgl. BGH ZIP 2010, 1232 f. (*actio pro socio* unterliegt gesellschaftsrechtlicher Treupflicht und kann auch aufgrund des Verhaltens des Klägers rechtsmissbräuchlich sein); zum möglichen Einwand nach § 242 s. auch schon BGH WM 2008, 1453 (1454). Vgl. ferner *Hadding* JZ 1975, 160 zur damit verbundenen Gefährdung des Vertrauensverhältnisses.

<sup>619</sup> *Grunewald*, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, 22; zum pflichtwidrigen Widerspruch → § 711 Rn. 11 f.

<sup>620</sup> So auch *Grunewald*, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, 22.

<sup>621</sup> BGHZ 25, 47 (50) = NJW 1957, 1358; BGH DStR 1991, 1355 (1356) – Gesellschaftermehrheit kann dem Anspruch die Grundlage entziehen, sofern dieser Beschluss der Treupflicht genügt; Staudinger/Habermeier, 2003, Rn. 49; BeckOK BGB/Schöne Rn. 122; *Hueck* OHG § 18 II 3, 263.

<sup>622</sup> Vgl. dazu BGH NJW 1985, 2830 (2831); *Grunewald*, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, 37 ff.

<sup>623</sup> EinHM, vgl. Staudinger/Habermeier, 2003, Rn. 48; BeckOK BGB/Schöne Rn. 123; *Gansmüller* DB 1954, 860 (862); *Hueck* JZ 1957, 626 (627); *Hadding*, *Actio pro socio*, 1966, 106.

im Fall der Klageabweisung hat er regelmäßig auch keinen Aufwendungsersatzanspruch gegen die Gesellschaft.

**Umstritten** ist, ob gegenüber einer Klage der GbR der *Einwand der Rechtshängigkeit* mit Rücksicht auf eine anhängige *actio pro socio* eingreift und inwieweit sich *Rechtskraftwirkungen* aus einem im Verfahren der *actio pro socio* erstrittenen Urteil für oder gegen die Gesellschaft ergeben können.<sup>624</sup> Wendet man die für die gesetzliche Prozessstandschaft geltenden, nicht abschließend geklärten Grundsätze<sup>625</sup> auf die *actio pro socio* an, so sind beide Fragen im Grundsatz zu verneinen.<sup>626</sup> Daher kann die Gesellschaft ungeachtet der *actio pro socio* den Anspruch selbst klageweise geltend machen. Für die *actio pro socio* hat ihre Klageerhebung freilich zur Folge, dass dadurch im Regelfall die Notwendigkeit der Gesellschafterklage als Prozessvoraussetzung entfällt und sie als unzulässig abzuweisen ist.<sup>627</sup> Der Frage der *Rechtskraft* kommt meist nur im Hinblick auf ein *klageabweisendes* Urteil im Rahmen der *actio pro socio* Bedeutung zu, da die Gesellschaft bei erfolgreicher Klage diese genehmigen und dadurch Rechtskrafterstreckung erreichen kann;<sup>628</sup> die Klageabweisung hindert die spätere eigene Rechtsverfolgung durch die Gesellschaft nicht. Wird andererseits der von der *Gesellschaft* geltend gemachte Sozialanspruch dieser gegenüber rechtskräftig aberkannt, so ist das auch für die *actio pro socio* von Bedeutung, da der Schuldner insoweit alle Einwendungen erheben kann, die ihm gegen die Gesellschaft zustehen, einschließlich des Einwands der Rechtskraft des Abweisungsurteils.<sup>629</sup> Der Einwand kann vom beklagten Gesellschafter auch im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden.<sup>630</sup>

### III. Rechte und Pflichten gegenüber Mitgesellschaftern

**1. Ansprüche gegenüber Mitgesellschaftern. Leistungsansprüche** von Gesellschaftern aus dem **222 Gesellschaftsvertrag** bestehen im Regelfall nur gegen die Gesellschaft (Sozialverbindlichkeiten, → Rn. 203 ff.), aber nicht gegen die Mitgesellschafter. Abweichungen sind möglich, so etwa im Rahmen einer Innengesellschaft, namentlich einer stillen Gesellschaft, bei der sich der „Stille“ zur Beitragsleistung an den Geschäftsinhaber verpflichtet (§ 230 Abs. 1 HGB, → Rn. 290). – Zur ausnahmsweise Geltendmachung von gegen die Gesellschaft gerichteten Ansprüchen (Sozialverbindlichkeiten) gegenüber Mitgesellschaftern → Rn. 224 ff.; zur Durchsetzung von gesellschaftsvertraglichen Sozial-(Gesamthands-)ansprüchen seitens einzelner Gesellschafter gegen Mitgesellschafter im Wege der Prozessstandschaft (*actio pro socio*) → Rn. 210 ff.

Der Umstand, dass *unmittelbare vertragliche Leistungsansprüche* im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern regelmäßig fehlen, darf nicht dahin missverstanden werden, es gebe zwischen ihnen keine vertraglichen Beziehungen. Diese Ansicht wäre unvereinbar mit der schuldvertraglichen Grundlage der Gesellschaft (→ Rn. 159); sie würde die hieraus resultierenden **wechselseitigen Bindungen** außer Acht lassen. So sind die Geschäftsführer auch den Mitgesellschaftern zu sorgfältiger Geschäftsführung verpflichtet. Aus der auch zwischen Mitgesellschaftern bestehenden Treupflicht können sich nicht nur Unterlassungs-, sondern je nach Lage des Falles auch Handlungspflichten einzelner Gesellschafter ergeben (→ Rn. 236 f.). Die Verletzung einer dieser Pflichten begründet, soweit sie zu einem Schaden nicht bei der Gesellschaft, sondern bei Mitgesellschaftern führt, *persönliche Schadensersatzansprüche* für diese gegen den Schädiger (→ Rn. 204). Die vertraglichen Beitrags-

<sup>624</sup> Für Rechtskraftwirkung des die *actio pro socio* abweisenden Urteils gegenüber der Gesellschaft Berger, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, 1990, 277 ff.; Hadding, *Actio pro socio*, 1966, 104 ff.; Wiedemann GesR I § 8 IV 1c, 461; Bork/Oepen ZGR 2001, 540; aA zu Recht Hueck OHG § 18 II 3, 264; Staudinger/Habermeier, 2003, Rn. 48; BeckOK BGB/Schöne Rn. 123; Erman/Westermann Rn. 60; Raiser ZHR 153 (1989), 1 (23 f.); ebenso der Meinungsstand zum Einwand der Rechtshängigkeit gegenüber einer nachträglich von der Gesellschaft erhobenen Klage, dafür Hadding, *Actio pro socio*, 1966, 101 f.; Wiedemann GesR I § 8 IV 1c, 461; wohl auch Bork/Oepen ZGR 2001, 540 f.; dagegen die als aA zitierten Autoren.

<sup>625</sup> Vgl. näher Zöller/Althammer ZPO Vor § 50 Rn. 19 ff., 31 ff.; Berger, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, 1990, 277.

<sup>626</sup> HM, vgl. BGHZ 78, 1 (7) = NJW 1980, 2463; BGHZ 79, 245 (247 f.) = NJW 1981, 1097 mwN. Krit. dazu im Hinblick auf den unzureichenden Schutz des beklagten Schuldners Zöller/Althammer ZPO Vor § 50 Rn. 34; aA Häsemeyer ZZP 101 (1988), 404 f.; Berger, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, 1990, 277 ff.

<sup>627</sup> AA – für Nebenintervention der Gesellschaft im Prozess des Gesellschafters – Hadding, *Actio pro socio*, 1966, 102; Bork/Oepen ZGR 2001, 541 f.; wieder anders Windel, Der Interventionsgrund des § 66 Abs. 1 ZPO als Prozessführungsbefugnis, 1992, 168 f.: § 64 ZPO analog; wie hier Staudinger/Habermeier, 2003, Rn. 48; BeckOK BGB/Schöne Rn. 118; Erman/Westermann Rn. 60.

<sup>628</sup> Zöller/Althammer ZPO Vor § 50 Rn. 33.

<sup>629</sup> Eingehend Berger, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, 1990, 280 ff.

<sup>630</sup> Ebenso Flume BGB AT I 1 § 10 IV, 145.

pflichten begründen allerdings keine eigenen Ansprüche der Mitgesellschafter, sondern nur Sozialansprüche (→ Rn. 213 f.).

**224 2. Haftung für Sozialverbindlichkeiten.** Die Haftung der Mitgesellschafter für **vermögensrechtliche Ansprüche**, die einem Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvertrag gegen die Gesellschaft zustehen, ist grundsätzlich ausgeschlossen,<sup>631</sup> § 128 HGB ist insofern unanwendbar.<sup>632</sup> Einer persönlichen Haftung steht insofern die Beschränkung der vertraglichen Leistungspflichten auf die vereinbarten Beiträge (§ 707) entgegen. Anderes gilt vor allem im Fall der Liquidation, soweit ein Ausgleich zwischen den Gesellschaftern nach Maßgabe von § 735 zu erfolgen hat (→ § 735 Rn. 4 ff.). Über diesen Sonderfall hinaus lässt die hM eine *eng begrenzte Ausnahme* zu für die Geltendmachung von **Regress- und Freistellungsansprüchen** gegen Mitgesellschafter aus der Inanspruchnahme einzelner Gesellschafter durch Gesellschaftsgläubiger (→ Rn. 197). Sie ist unter den im Folgenden genannten Voraussetzungen schon während des Bestehens der Gesellschaft und außerhalb der in § 735 begründeten Nachschusspflicht möglich.<sup>633</sup> Das folgt aus der Stellung der Gesellschafter als Gesamtschuldner, der akzessorischen Gesellschafterhaftung (§ 426 Abs. 1 S. 1) sowie aus dem Umstand, dass das Risiko der Inanspruchnahme insoweit grundsätzlich jeden Gesellschafter in gleicher Weise trifft und dessen Realisierung beim einen oder anderen Gesellschafter häufig auf Zufall beruht. Die Ausnahme greift ein, wenn der vom Gesellschaftsgläubiger gegen den zahlenden Gesellschafter geltend gemachte Anspruch zu Recht bestand, und eine Erstattung aus dem Gesamthandsvermögen voraussichtlich an dessen Unzulänglichkeit scheitert. Die Mitgesellschafter haften grundsätzlich gemäß § 426 **pro rata** entsprechend ihrer Verlustbeteiligung, sofern sie nicht im Innenverhältnis allein verpflichtet sind. Ein Ausfall bei Zahlungsunfähigen Gesellschaftern ist in entsprechender Weise auf den Erstattungsgläubiger und die Zahlungskräfte der Mitgesellschafter umzulegen.<sup>634</sup> Bei drohender Inanspruchnahme wegen einer bereits fälligen Schuld kann jeder Gesellschafter als Haftungsschuldner anteilige Befreiung von den Mitgesellschaftern verlangen.<sup>635</sup>

**225** Nach hM zulässig ist auch die Durchsetzung von **Abfindungsansprüchen** ausgeschiedener Gesellschafter gegen ihre ehemaligen Mitgesellschafter.<sup>636</sup> Dem ist abweichend von der 3. Aufl. (→ § 738 Rn. 12) zuzustimmen, nachdem das Hindernis eines in deren Person fehlenden Haftungsgrundes infolge der höchstrichterlichen Anerkennung akzessorischer Gesellschafterhaftung (→ § 714 Rn. 5, → § 714 Rn. 39) entfallen ist. § 707 steht wegen der erloschenen Mitgliedschaft des Ausgeschiedenen nicht entgegen. Der Ausgeschiedene ist bei Zahlungsunfähigkeit oder -unwilligkeit der Gesellschaft auch nicht auf ein Vorgehen gegen die verbliebenen Gesellschafter pro rata der jeweiligen Verlustbeteiligung beschränkt, sondern kann sich grundsätzlich in vollem Umfang an jeden von ihnen halten, soweit nicht die nachvertragliche Treupflicht entgegensteht. Zur Relevanz einer Haftungsbeschränkung im Gesellschaftsvertrag → § 738 Rn. 17; zur Rechtslage nach Auflösung der Gesellschaft → § 730 Rn. 62. Zur Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für Sozialverbindlichkeiten → § 719 Rn. 44; der BGH erkennt für den Fall der Anteilsübertragung immerhin, dass der schuldbefreiende Übergang der Sozialverbindlichkeiten auf den Erwerber vereinbart werden kann.<sup>637</sup>

**226** Soweit es um die Durchsetzung von **Verwaltungsrechten** einzelner Gesellschafter geht, können diese ohne Einschränkung auch unmittelbar gegenüber den hierfür nach der internen Geschäftsverteilung zuständigen oder das Recht bestreitenden Mitgesellschaftern geltend gemacht werden. Das gilt etwa für das Recht auf Geschäftsführung, auf Information und Einsicht in die Geschäftsunterlagen sowie auf Rechnungslegung und Aufstellung der Abfindungsbilanz. Die Schranke des § 707 steht hier nicht entgegen (→ Rn. 205).

<sup>631</sup> Vgl. BGHZ 37, 299 (301 f.) = NJW 1962, 1863; BGH WM 1967, 275 – Sonderfall unmittelbaren Zugriffs im Zuge der Abwicklung; ZIP 1989, 852; Soergel/Hadding/Kießling Rn. 52, jeweils mN auch zur Rspr. des RG; s. auch Erman/Westermann Rn. 54.

<sup>632</sup> Habersack/Schäfer/Habersack HGB § 128 Rn. 12.

<sup>633</sup> BGHZ 37, 299 (302) = NJW 1962, 1853; BGHZ 103, 72 (76) = NJW 1988, 1375; BGH NJW 1980, 339 (340); WM 1979, 1282; ZIP 2007, 2313 (2314); NZG 2011, 502 (503); Soergel/Hadding/Kießling Rn. 52; Erman/Westermann § 714 Rn. 24; Staudinger/Habermeier, 2003, Rn. 45; MüKoHGB/K. Schmidt HGB § 128 Rn. 34; Habersack/Schäfer/Habersack HGB § 128 Rn. 12, 48 f.; eingehend vor allem auch Hadding/Häuser WM 1988, 1585 (1588 f.); Walter JuS 1982, 83 f.; → § 714 Rn. 56.

<sup>634</sup> BGHZ 37, 299 (302) = NJW 1962, 1863; Habersack/Schäfer/Habersack HGB § 128 Rn. 49.

<sup>635</sup> BGH ZIP 2007, 2313 (2314).

<sup>636</sup> BGHZ 148, 201 (206) = NJW 2001, 2718; für das Ausscheiden aus einer OHG oder KG ebenso Habersack/Schäfer/Habersack HGB § 128 Rn. 12; MüKoHGB/K. Schmidt HGB § 131 Rn. 128; Heymann/Emmerich HGB § 138 Rn. 20.

<sup>637</sup> BGHZ 45, 221 (222) = NJW 1966, 1307 (1308); BGH WM 1986, 1314 (1315); NJW-RR 2009, 753 Rn. 19.