

# Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft: GbR

## PartG

Sonderausgabe aus Band 6 (Schuldrecht Besonderer Teil III) des Münchener Kommentars zum  
Bürgerlichen Gesetzbuch

Bearbeitet von  
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Ulmer, Prof. Dr. Carsten Schäfer

7. Auflage 2017. Buch. XXX, 696 S. In Leinen  
ISBN 978 3 406 68449 4  
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Gesellschaftsrecht >  
Personengesellschaften, Genossenschaftsrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text "beck-shop.de" in a bold, red, sans-serif font. Above the "i" in "shop" are three red dots of increasing size. Below the main text, the words "DIE FACHBUCHHANDLUNG" are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

**beck-shop.de**  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

*Beweislast für die Notwendigkeit der Klageerhebung* entgegen der hM<sup>601</sup> bei dem aus der actio pro socio vorgehenden Kläger.<sup>602</sup> Dies folgt aus der **Subsidiarität** der actio pro socio; denn die Durchsetzung von Sozialansprüchen ist primär Sache der Geschäftsführer.<sup>603</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>604</sup> Die Klage ist daher nicht erst dann unzulässig, wenn das Vorgehen des Klägers sich nach Lage des Falles als treuwidrig erweist.<sup>605</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 Subsidiaritätserfordernis demgemäß aber in der **Innengesellschaft** zu (→ Rn. 208 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>606</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>607</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 riskant und kostenträchtig ist, so dass die Vertreterbestellung regelmäßig als der **attraktivere Rechtsbehelf** erscheint.<sup>608</sup>

An die **Darlegung und den Beweis der Zulässigkeitsvoraussetzungen** sind keine zu hohen Anforderungen zu stellen, wenn das Minderheitsrecht nicht leerlaufen soll.<sup>609</sup> Schon gar nicht kommt

<sup>601</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. Rn. 149 (Ulmer); Hueck OHG § 18 II 3, S. 266 f.; Flume BGB AT I 1 § 10 IV, S. 143; Raiser ZHR 153, (1989), 1 (23); Altmeyden, FS Musielak, 2004, S. 15; wohl auch Wiedemann GesR I § 5 III 2b, S. 274, § 8 IV 1c, S. 460. AA einerseits U. Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil, 1970, S. 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. 208 zur Prozessstandschaft genannten Autoren) und kommt insoweit zur Darlegungs- und Beweislast des sich auf den Treupflichtverstoß berufenden Beklagten.

<sup>602</sup> Ebenso zu Recht Erman/Westermann Rn. 59 und Grunewald, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, S. 14 f., 21; im Ansatz auch Hadding, Actio pro socio. Die Einzelklagebefugnis des Gesellschafters bei Gesamthandsansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis, 1966, S. 59 ff.; Nitschke ZHR 128 (1966), 48 ff., und – 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 (54 f.), dagegen zu Recht BGHZ 25, 47 (50) = NJW 1957, 1358 und die ganz hM im Schrifttum, vgl. 3. Aufl. Rn. 149 (Ulmer); Hueck OHG § 18 II 3, S. 266 f.; Flume BGB AT I 1 § 10 IV, S. 143; Raiser ZHR 153, (1989), 1 (23); Altmeyden, FS Musielak, 2004, S. 15; wohl auch Wiedemann GesR I § 5 III 2b, S. 274, § 8 IV 1c, S. 460.

<sup>603</sup> Zur Subsidiarität s. nur BGH NJW 1974, 1555: „Hilfsrecht“; K. Schmidt ZGR 2011, 108 (125); Soergel/Hadding/Kießling Rn. 50.

<sup>604</sup> Darauf haben vor allem Hadding, Actio pro socio. Die Einzelklagebefugnis des Gesellschafters bei Gesamthandsansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis, 1966, S. 53 ff. und Nitschke ZHR 128 (1966), 48 (86) zu Recht hingewiesen; so im Ergebnis auch Kreutz, FS Hadding, 2004, S. 526 f.; für Ableitung aus der Treupflicht Altmeyden, FS Musielak, 2004, S. 15.

<sup>605</sup> So aber BGHZ 25, 47 (50) = NJW 1957, 1358; 3. Aufl. Rn. 149 (Ulmer); Hueck OHG § 18 II 3, S. 266 f.; Flume BGB AT I 1 § 10 IV, S. 143; Raiser ZHR 153, (1989), 1 (23); Altmeyden, FS Musielak, 2004, S. 15; wohl auch Wiedemann GesR I § 5 III 2b, S. 274, § 8 IV 1c, S. 460. AA einerseits U. Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil, 1970, S. 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 und Grunewald, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, S. 14 f., 21; im Ansatz auch Hadding, Actio pro socio. Die Einzelklagebefugnis des Gesellschafters bei Gesamthandsansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis, 1966, S. 59 ff.; Nitschke ZHR 128 (1966), 48 ff., Lutter AcP 180 (1980), 84 (134).

<sup>606</sup> BGH ZIP 2010, 2345 (2346) 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>607</sup> So aber Konzen, FS Hommelhoff, 2012, S. 565 (579 f.).

<sup>608</sup> IdS auch K. Schmidt ZGR 2011, 108 (125).

<sup>609</sup> Zu weitgehend daher Hadding, Actio pro socio. Die Einzelklagebefugnis des Gesellschafters bei Gesamthandsansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis, 1966, S. 53 ff.; Nitschke ZHR 128 (1966), 48 (86) und ihnen

es auf die Zustimmung der Mitgesellschafter zur Klageerhebung an;<sup>610</sup> in einer solchen Zustimmung läge vielmehr die Übertragung gewillkürter Prozessführungsbefugnis an den klagenden Gesellschafter.<sup>611</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>612</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>613</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>614</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>615</sup>

**212** Für die **Begründetheit** der im Wege der *actio pro socio* erhobenen Klage sind der materiellrechtliche 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. Gleiches 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>616</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>617</sup> Über den geltend gemachten Anspruch als solchen kann er auch im Rechtsstreit nicht verfügen; daher sind ihm Prozessvergleich oder Anspruchsverzicht verwehrt.

**213** **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. 212). Der Kläger und nicht die Gesellschaft ist Kostenschuldner;<sup>618</sup> im Fall der Klageabweisung hat er regelmäßig auch keinen Aufwendungsersatzanspruch gegen die Gesellschaft.

**214** **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

folgend *Windel*, Der Interventionsgrund des § 66 Abs. 1 ZPO als Prozessführungsbefugnis, 1992, S. 169, aber auch *Bork/Oepen* ZGR 2001, 534.

<sup>610</sup> So aber RGZ 171, 51 (54) und 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, S. 265.

<sup>611</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>612</sup> AA *Hadding*, *Actio pro socio*. Die Einzelklagebefugnis des Gesellschafters bei Gesamthandsansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis, 1966, S. 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>613</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>614</sup> *Grunewald*, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, S. 22; zum pflichtwidrigen Widerspruch → § 711 Rn. 11 f.

<sup>615</sup> So auch *Grunewald*, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, S. 22.

<sup>616</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; *Bamberger/Roth/Schöne* Rn. 122; *Hueck* OHG § 18 II 3, S. 263.

<sup>617</sup> Vgl. dazu BGH NJW 1985, 2830 (2831); *Grunewald*, Die Gesellschafterklage in der Personengesellschaft und der GmbH, 1990, S. 37 ff.

<sup>618</sup> *EinhM*, vgl. *Staudinger/Habermeier* (2003) Rn. 48; *Bamberger/Roth/Schöne* Rn. 123; *Ganßmüller* DB 1954, 860 (862); *Hueck* JZ 1957, 626 (627); *Hadding*, *Actio pro socio*. Die Einzelklagebefugnis des Gesellschafters bei Gesamthandsansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis, 1966, S. 106.

Verfahren der *actio pro socio* erstrittenen Urteil für oder gegen die Gesellschaft ergeben können.<sup>619</sup> Wendet man die für die gesetzliche Prozessstandschaft geltenden, nicht abschließend geklärten Grundsätze<sup>620</sup> auf die *actio pro socio* an, so sind beide Fragen im Grundsatz zu verneinen.<sup>621</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>622</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>623</sup> die Klageabweisung hindert die spätere eigene Rechtsverfolgung durch die Gesellschaft nicht. Wird andererseits der von der Gesellschaft geltendgemachte 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>624</sup> Der Einwand kann vom beklagten Gesellschafter auch im Wege der Vollstreckungsgegenklage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden.<sup>625</sup>

### III. Rechte und Pflichten gegenüber Mitgesellschaftern

**1. Ansprüche gegen Mitgesellschafter. Leistungsansprüche** von Gesellschaftern **aus dem Gesellschaftsvertrag** bestehen im Regelfall nur gegen die Gesellschaft (Sozialverbindlichkeiten, → Rn. 197 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. 282). – Zur ausnahmsweisen Geltendmachung von gegen die Gesellschaft gerichteten Ansprüchen (Sozialverbindlichkeiten) gegenüber Mitgesellschaftern → Rn. 217 ff.; zur Durchsetzung von gesellschaftsvertraglichen Sozial-(Gesamthands-)ansprüchen seitens einzelner Gesellschafter gegen Mitgesellschafter im Wege der Prozessstandschaft (*actio pro socio*) → Rn. 204 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. 155); 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. 229 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. 198). Die vertraglichen Beitragspflichten begründen allerdings keine eigenen Ansprüche der Mitgesellschafter, sondern nur Sozialansprüche (→ Rn. 207 f.).

<sup>619</sup> Für Rechtskraftwirkung des die *actio pro socio* abweisenden Urteils gegenüber der Gesellschaft *Berger*, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, 1990, S. 277 ff., *Hadding*, *Actio pro socio*. Die Einzelklagebefugnis des Gesellschafters bei Gesamthandsansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis, 1966, S. 104 ff.; *Wiedemann* *GesR I* § 8 IV 1c, S. 461 und *Bork/Oepen ZGR* 2001, 540; aA zu *Recht Hueck OHG* § 18 II 3, S. 264; *Staudinger/Habermeier* (2003) Rn. 48; *Bamberger/Roth/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*. Die Einzelklagebefugnis des Gesellschafters bei Gesamthandsansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis, 1966, S. 101 f. und *Wiedemann* *GesR I* § 8 IV 1c, S. 461; wohl auch *Bork/Oepen ZGR* 2001, 540 f.; dagegen die als aA zit. Autoren.

<sup>620</sup> Vgl. näher *Zöller/Vollkommer*, 29. Aufl. 2012, ZPO Vor § 50 Rn. 21 ff., 33 ff. und *Berger*, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, 1990, S. 277.

<sup>621</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/Vollkommer*, 29. Aufl. 2012, ZPO Vor § 50 Rn. 39; aA *Häsemeyer ZJP* 101 (1988), 404 f.; *Berger*, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, 1990, S. 277 ff.

<sup>622</sup> AA – für Nebenintervention der Gesellschaft im Prozess des Gesellschafters – *Hadding*, *Actio pro socio*. Die Einzelklagebefugnis des Gesellschafters bei Gesamthandsansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis, 1966, S. 102 und *Bork/Oepen ZGR* 2001, 541 f.; wieder anders *Windel*, Der Interventionsgrund des § 66 Abs. 1 ZPO als Prozessführungsbefugnis, 1992, S. 168 f.; § 64 ZPO analog. Wie hier *Staudinger/Habermeier* (2003) Rn. 48; *Bamberger/Roth/Schöne* Rn. 118; *Erman/Westermann* Rn. 60.

<sup>623</sup> *Zöller/Vollkommer*, 29. Aufl. 2012, ZPO Vor § 50 Rn. 38.

<sup>624</sup> Eingehend *Berger*, Die subjektiven Grenzen der Rechtskraft bei der Prozessstandschaft, 1990, S. 280 ff.

<sup>625</sup> Ebenso *Flume BGB AT I* 1 § 10 IV, S. 145.

- 217 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>626</sup> § 128 HGB ist insofern unanwendbar.<sup>627</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. 191). Sie ist unter den im Folgenden genannten Voraussetzungen schon während des Bestehens der Gesellschaft und außerhalb der in § 735 begründeten Nachschusspflicht möglich.<sup>628</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 zahlungskräftigen Mitgesellschafter umzulegen.<sup>629</sup> Bei drohender Inanspruchnahme wegen einer bereits fälligen Schuld kann jeder Gesellschafter als Haftungsschuldner anteilige Befreiung von den Mitgesellschaftern verlangen.<sup>630</sup>
- 218** Nach hM zulässig ist auch die Durchsetzung von **Abfindungsansprüchen** ausgeschiedener Gesellschafter gegen ihre ehemaligen Mitgesellschafter.<sup>631</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, 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 Gesellschafter für Sozialverbindlichkeiten → § 719 Rn. 44; der BGH anerkennt für den Fall der Anteilsübertragung immerhin, dass der schuldbefreiende Übergang der Sozialverbindlichkeiten auf den Erwerber vereinbart werden kann.<sup>632</sup>
- 219** 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. 199).
- 220 3. Haftung für Drittgläubigerforderungen.** Ansprüche von Gesellschaftern aus Rechtsgeschäften mit der Gesellschaft, die nicht auf dem Gesellschaftsvertrag beruhen („Drittgläubigerforderungen“), können anders als die Sozialverbindlichkeiten grundsätzlich **auch gegen Mitgesellschaf-**

<sup>626</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>627</sup> Staub/Habersack HGB § 128 Rn. 12.

<sup>628</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/Habermeyer (2003) Rn. 45; MüKoHGB/K. Schmidt HGB § 128 Rn. 34; Staub/Habersack HGB § 128 Rn. 12, 48 f.; eingehend vor allem auch Hadding/Häuser WM 1988, 1585 (1588 f.) und Walter JuS 1982, 83 f.; → § 714 Rn. 56.

<sup>629</sup> BGHZ 37, 299 (302) = NJW 1962, 1863; Staub/Habersack HGB § 128 Rn. 49.

<sup>630</sup> BGH ZIP 2007, 2313 (2314).

<sup>631</sup> BGHZ 148, 201 (206) = NJW 2001, 2718; für das Ausscheiden aus einer OHG oder KG ebenso Staub/Habersack HGB § 128 Rn. 12; MüKoHGB/K. Schmidt HGB § 131 Rn. 128; Heymann/Emmerich HGB § 138 Rn. 20.

<sup>632</sup> BGHZ 45, 221 (222) = NJW 1966, 1307 (1308); BGH WM 1986, 1314 (1315); NJW-RR 2009, 753 (754) Rn. 19.



ter durchgesetzt werden, sofern diese als Gesamtschuldner haften (→ § 714 Rn. 39). Der Gesellschafter/Gläubiger ist nicht verpflichtet, sich primär an die Gesellschaft zu halten. Für den seiner Verlustbeteiligung entsprechenden Forderungsanteil kann er freilich Zahlung von den Mitgesellschaftern nicht verlangen.<sup>633</sup> Im Übrigen sind dem Vorgehen gegen die Mitgesellschafter Schranken nur ausnahmsweise im Hinblick auf die gesellschaftsrechtliche Treupflicht gesetzt (→ Rn. 203).

## IV. Treupflicht

**1. Grundlagen. a) Rechtlicher Ansatz.** Die gesellschaftsrechtliche Treupflicht ist ein **zentraler** **Rechtssatz** des Personengesellschaftsrechts. Seine Entwicklung geht auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor dem 1. Weltkrieg zurück.<sup>634</sup> Nach zeitbedingter Übersteigerung des Treuegedankens während des NS-Regimes hat der BGH den Grundsatz der Treupflicht auf seinen sachgerechten Kern zurückgeführt und sich in einer Vielzahl von Entscheidungen darum bemüht, ihm schärfere Konturen zu verleihen.<sup>635</sup> Im Schrifttum hat sich als einer der ersten Autoren *Alfred Hueck* um die Herausarbeitung des Treuegedankens im Gesellschaftsrecht verdient gemacht;<sup>636</sup> seine Überlegungen haben die Rechtsprechung des BGH maßgeblich beeinflusst.

Die **Grundlage** der gesellschaftsrechtlichen Treupflicht bildet der **Gesellschaftsvertrag** (zur nachvertraglichen Treupflicht → § 738 Rn. 7);<sup>637</sup> die Pflicht besteht daher auch während der *Liquidationsphase* fort. Auf die in der Literatur umstrittene Frage, ob die Treupflicht sich im Personengesellschaftsrecht als gesellschaftsrechtliche Verdichtung des allgemein für Schuldverhältnisse geltenden Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242) erweist<sup>638</sup> oder ob sie einen selbständigen Inhalt des Schuldverhältnisses bildet,<sup>639</sup> kommt es angesichts der Übereinstimmung über ihre vertragliche Wurzel nicht an.<sup>640</sup> Insbesondere kann auch der Grundsatz von Treu und Glauben nicht isoliert vom jeweiligen Schuldverhältnis gesehen werden; er beschränkt sich nicht etwa darauf, die Art und Weise der Leistungsbewirkung zu bestimmen.<sup>641</sup> Zu eng ist es allerdings, die Treupflicht lediglich als Teil der im Gesellschaftsvertrag übernommenen Verpflichtung zur Förderung des Gesellschaftszwecks zu sehen.<sup>642</sup> Durch ein solches Verständnis wird weder die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Belange der Mitgesellschafter noch die in Sonderfällen eingreifende Zustimmungspflicht zu Änderungen der Vertragsgrundlage erfasst, die beide nach heute hM Ausprägungen der Treupflicht sind (→ Rn. 229, 231 ff.).

**b) Zur Konkretisierung relevante Umstände.** Die Treupflicht beschränkt sich in ihrem Anwendungsbereich nicht auf das Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft, sondern umfasst

<sup>633</sup> BGH NJW 1983, 749; RGZ 85, 157 (163); 153, 305 (311); Staub/*Habersack* HGB § 128 Rn. 13; mit anderer Begr. auch *Altmeppen* NJW 2009, 2241 (2244 f.); enger MüKoHGB/K. Schmidt HGB § 128 Rn. 18; bei überschaubaren Verhältnissen nur Teilschuld.

<sup>634</sup> Nachweise bei GroßkommHGB/*Fischer*, 3. Aufl. 1973, HGB § 105 Anm. 31a.

<sup>635</sup> Vgl. den Überblick von *M. Winter*, Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 23 ff., über die BGH-Rspr. zur Treupflicht, untergliedert nach deren Hauptanwendungsbereichen und Funktionen.

<sup>636</sup> *A. Hueck*, FS Hübner, 1935, S. 72 f.; *ders.*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947; eingehend auch *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, 1963, S. 335–356, und *M. Winter*, Treubindungen im GmbH-Recht, 1988. Speziell zur Treupflicht des herrschenden Gesellschafters und dem daraus folgenden Minderheitschutz vgl. *Wiedemann* GesR I § 8 II 3, S. 431 ff.

<sup>637</sup> Zur gesellschaftsvertraglichen Grundlage vgl. etwa BGHZ 183, 1 = NJW 2010, 65 – Sanieren oder Ausscheiden; BGH NJW 2011, 1667 (1669) Rn. 21 jeweils in Bezug auf die Pflicht zur Zustimmung zu Sanierungsbeschlüssen. Zur treupflichtbedingten Pflicht, die Mitgesellschafter mit Blick auf die Auseinandersetzungsrechnung über Umstände zu informieren, die die mitgliedschaftlichen Vermögensinteressen berühren, vgl. BGH ZIP 2003, 73 (74).

<sup>638</sup> So etwa → § 242 Rn. 177 (*Schubert*); *Erman/Westermann* Rn. 49; *Bamberger/Roth/Schöne* Rn. 101; *Larenz SchuldR* BT II § 60 II a; für die Ausübung eigennütziger Rechte sowie für die Treupflicht gegenüber den Mitgesellschaftern auch *M. Winter*, Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 12 ff. mwN zum Streitstand; näher zum Ganzen Staub/*Schäfer* HGB § 105 Rn. 228 ff.; *Hüffer*, FS Steindorff, 1990, S. 56 (64 ff., 70 ff.), jeweils mwN.

<sup>639</sup> So insbes. (unter Einstufung der Treupflicht als Hauptpflicht) *Hueck*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947, S. 18 f.; GroßkommHGB/*Rob. Fischer*, 3. Aufl. 1973, HGB § 105 Anm. 31a; *Soergel/Hadding/Kießling* Rn. 58.

<sup>640</sup> Zutr. *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, 1963, S. 336 f.

<sup>641</sup> So aber GroßkommHGB/*Fischer*, 3. Aufl. 1973, HGB § 105 Anm. 31a; *Soergel/Hadding/Kießling* Rn. 58; vgl. dagegen nur → § 242 Rn. 169, 177.

<sup>642</sup> So namentlich *Lutter* AcP 180 (1980), 84 (102 ff.) freilich unter Differenzierung gegenüber einer daneben bestehenden „Rücksichtspflicht“ im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern, AcP 180 (1980), 84 (120 ff.); und *Lettl* AcP 202 (2002), 3 (13 ff., 17); vgl. auch RG JW 1935, 1773 (Nr. 6); *Soergel/Hadding/Kießling* Rn. 58; *Larenz SchuldR* BT II § 60 II a; dagegen zu Recht schon GroßkommHGB/*Fischer*, 3. Aufl. 1973, HGB § 105 Anm. 31a; *M. Winter*, Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 13; *Hüffer*, FS Steindorff, 1990, S. 70 ff.

entsprechend ihrer Grundlage im Gesellschaftsvertrag auch dasjenige zu den **Mitgesellschaftern** als Vertragspartnern (→ Rn. 229 f.). Inhaltlich kann die Treupflicht je nach Lage des Falles zu **Unterlassungs-**, aber auch zu **Handlungspflichten** der Gesellschafter führen. Letztere sind vor allem insoweit zu bejahen, als es um die vertraglich vereinbarte, *uneigennützig* zu leistende Förderung des gemeinsamen Zwecks geht, also um Angelegenheiten der *Geschäftsführung* einschließlich der Ausübung des Widerspruchsrechts (§ 711) und der Beschlussfassung über Geschäftsführungsmaßnahmen: hier kommt dem Gesellschaftsinteresse grundsätzlich der Vorrang zu vor den Einzelinteressen der Gesellschafter (→ Rn. 226). Auch ein Wettbewerbsverbot zu Lasten der Gesellschafter im Tätigkeitsbereich der Gesellschaft ist jedenfalls für die Geschäftsführer aus der Treupflicht abzuleiten (→ Rn. 235). Soweit demgegenüber die Ausübung *eigennütziger*, den Gesellschaftern im eigenen Interesse verliehener Gesellschafterrechte in Frage steht, hat die Treupflicht in erster Linie *Schrankenfunktion*; sie verpflichtet den Gesellschafter zur Wahl eines für Gesellschaft und Mitgesellschafter möglichst schonenden Mittels bei Verfolgung seiner Interessen und kann bei rücksichtslosem Vorgehen zum Eingreifen des Missbrauchseinwands führen (→ Rn. 229 f.). Schließlich kann sich unter dem Gesichtspunkt der Treupflicht ausnahmsweise sogar eine Pflicht zur Mitwirkung bei Vertragsänderungen ergeben; hieran sind freilich im Grundsatz hohe Anforderungen zu stellen (→ Rn. 231 ff.).

224 Der Umfang und die **Intensität der Treupflicht** differieren je nach dem Gegenstand der Rechtsausübung und der Art des Gemeinschaftsverhältnisses. Eine erste, allgemein anerkannte und besonders wichtige Unterscheidung stellt darauf ab, ob es um die Ausübung **uneigennütziger**, zur Förderung des gemeinsamen Zwecks verliehener Befugnisse geht oder um den Gebrauch **eigennütziger** Mitgliedschaftsrechte (→ Rn. 226–228). Im ersten Fall haben die Interessen der Gesellschaft unbedingten Vorrang; eigene Interessen können nur insoweit verfolgt werden, als Gesellschaftsbelange nicht entgegenstehen.<sup>643</sup> Dagegen ist der Gesellschafter bei den eigennützigen Rechten grundsätzlich nicht gehindert, das eigene Interesse trotz abweichender Interessen der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter zu verfolgen.<sup>644</sup> Wohl aber verbietet es die Treupflicht, von eigennützigen Rechten im Widerspruch zu dem mit ihrer Einräumung verbundenen Zweck Gebrauch zu machen.<sup>645</sup> Auch muss der Gesellschafter auf die Belange der anderen Beteiligten bei der Rechtsausübung im Rahmen des Zumutbaren Rücksicht nehmen; er darf sich nicht willkürlich oder grundlos über aner kennenswerte Interessen der Gemeinschaft oder der Vertragspartner hinwegsetzen. Das gilt umso mehr, je einschneidender die Folgen dieser Rechtsausübung für Gesellschaft oder Mitgesellschafter sind.<sup>646</sup> Dementsprechend ist der Einfluss der Treupflicht stärker, wenn es um zentrale Belange wie die Beschlussfassung über die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines ungeeigneten Mitgesellschafters geht, als bei der Ausübung von Informations- und Kontrollrechten. Auch für die Kündigungserklärung oder die Ausübung eines vertraglichen Übernahmerechts können Schranken der Treupflicht je nach Lage des Falles relevant werden; dass diese Gestaltungsrechte der gemeinsamen Zweckverfolgung ein Ende setzen, steht nicht entgegen.<sup>647</sup>

225 Was andererseits die **Art des Gesellschaftsverhältnisses** angeht, so hat der Treupflichtgrundsatz umso größere Bedeutung, je enger der persönliche Zusammenschluss ausgestaltet ist<sup>648</sup> und über je weitergehende Mitspracherechte der einzelne Gesellschafter verfügt. Zwar besteht jedenfalls bei Geltung

<sup>643</sup> Ganz hM., vgl. Soergel/Hadding/Kießling Rn. 59; Erman/Westermann Rn. 48 f.; Staudinger/Habermeier (2003) Rn. 51; Bamberger/Roth/Schöne Rn. 103 f.; Hueck OHG § 13 I 1; näher und mwN Staub/Schäfer HGB § 105 Rn. 232, 234 ff. Die Unterscheidung zwischen uneigennützigen und eigennützigen Rechten findet sich schon bei Hachenburg LZ 1907 Sp. 460, 466.

<sup>644</sup> Vgl. Soergel/Hadding/Kießling Rn. 59; Erman/Westermann Rn. 48 f.; Staudinger/Habermeier (2003) Rn. 51; Bamberger/Roth/Schöne Rn. 103 f.; Hueck OHG § 13 I 1; näher und mwN Staub/Schäfer HGB § 105 Rn. 232, 234 ff. Die Unterscheidung zwischen uneigennützigen und eigennützigen Rechten findet sich schon bei Hachenburg LZ 1907 Sp. 460, 466.

<sup>645</sup> Dazu M. Winter, Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 29 mwN.

<sup>646</sup> Diesen Aspekt betont zu Recht Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, 1963, S. 337 ff., 343; dazu auch M. Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 27 f., 121 ff.

<sup>647</sup> So aber – jedenfalls gegenüber der Gesellschaft – Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, 1963, S. 344; tendenziell auch BGHZ 76, 352 (353) = NJW 1980, 1278 (GmbH). Wie hier Ulmer, FS Möhring, 1975, S. 295 ff.; vgl. auch BGH WM 1968, 874 – Hinwirken auf die Insolvenz einer Personengesellschaft ist dann nicht treuwidrig, wenn die Lage der Gesellschaft aussichtslos ist und eine schnelle Liquidation objektiv im Interesse aller Beteiligten liegt; vgl. ferner BGHZ 103, 184 (193) = NJW 1988, 1579 (1581): Treupflichtverstoß der Mehrheitsaktionärin, wenn im bereits im Vorfeld eines Auflösungsbeschlusses Absprachen zur Übernahme wesentlicher Teile des Gesellschaftsvermögens durch diese getroffen werden. – Zum Ganzen näher → § 723 Rn. 57 ff.

<sup>648</sup> Zu dem hierfür maßgebenden Grund, den gesteigerten Einwirkungsmöglichkeiten der einzelnen Gesellschafter auf Gesellschaft und Mitgesellschafter, s. grdl. Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, 1963, S. 340 ff.; Soergel/Hadding/Kießling Rn. 59; Lutter AcP 180 (1980), 84 (105 ff., 128 f.); für die GmbH auch M. Winter, Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 186 ff.

des Einstimmigkeitsgrundsatzes regelmäßig kein Anlass, je nach dem Ausmaß der Beteiligung und dem Stimmgewicht der einzelnen Gesellschafter zu differenzieren. Anderes gilt jedoch bei Vereinbarung des **Mehrheitsprinzips** im Hinblick auf die Einflussmöglichkeiten, die der Mehrheit dadurch im Verhältnis zur Minderheit zustehen; sie erfordern namentlich bei Vertragsänderungen besondere Rücksichtnahme auf die Interessen der überstimmten Minderheit (→ § 709 Rn. 100). Diesem Aspekt kommt auch in einer **Publikumsgesellschaft**, trotz der dort regelmäßig fehlenden persönlichen Beziehungen zwischen den Gesellschaftern, Bedeutung zu.<sup>649</sup> In derartigen Gesellschaften ist die Treupflicht jedenfalls insoweit zu beachten, als es um das Verhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft geht; sie kann je nach Lage des Falles auch der Durchsetzung gesellschaftsvertraglicher Ansprüche entgegenstehen, wenn andernfalls die Lebensfähigkeit der Gesellschaft ernsthaft gefährdet würde.<sup>650</sup>

## 2. Gegenstände und Inhalt der Treupflicht. a) Treupflicht gegenüber der Gesellschaft. 226

Den Schwerpunkt für das Eingreifen der Treupflicht bildet das Verhältnis des Gesellschafters zur Gesellschaft bzw. zur *Gesamtheit der Gesellschafter*, darunter insbesondere der Bereich der **uneigennütigen** oder **Pflicht-Rechte**. Hierzu zählen in erster Linie das Geschäftsführungsrecht (§ 709) einschließlich des Rechts zur Durchführung der Liquidation (§ 730 Abs. 2), ferner das Zustimmungs- und Widerspruchsrecht in Geschäftsführungsangelegenheiten (§§ 709, 711)<sup>651</sup> sowie sonstige Arten der Einflussnahme auf die Geschäftsführung.<sup>652</sup> Aber auch das Recht zur Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis aus wichtigem Grunde (§§ 712, 715) ist – trotz seiner vertragsändernden Wirkung – im Interesse der Gesellschaftergesamtheit auszuüben (→ Rn. 234). Kennzeichen dieser Rechte ist es, dass sie dem Gesellschafter nicht im eigenen Interesse, sondern zur Förderung des gemeinsamen Zwecks zustehen. Den durch den Gesellschaftsvertrag definierten **gemeinsamen Interessen** kommt daher hier der **absolute Vorrang** zu; für die Verfolgung eigener Interessen ist nur Raum, soweit dadurch die Belange der Gesellschaft nicht tangiert werden.<sup>653</sup> Im Gesellschaftsvertrag können zwar gewisse Einschränkungen gegenüber diesem Grundsatz vereinbart werden, etwa durch ausdrücklichen Verzicht auf das aus der Treupflicht folgende Wettbewerbsverbot des Geschäftsführers (→ Rn. 235). Entsprechendes gilt für die Begründung eigennütziger Liefer- oder Bezugsrechte gegenüber der Gesellschaft für bestimmte Gesellschafter; die daraus resultierenden Befugnisse der betreffenden Gesellschafter können auch die Grundlage für eine *wechselseitige Treupflicht* zwischen ihnen und der GbR bilden. Die genannten Einschränkungen dürfen jedoch nicht so weit gehen, dass sie die für die Annahme einer Gesellschaft wesentliche Pflicht aller Vertragspartner zur Förderung des gemeinsamen Zwecks (→ Rn. 142 ff.) aufheben oder ernsthaft in Frage stellen.

<sup>649</sup> BGHZ 71, 53 (59) = NJW 1978, 1382; vgl. auch BGH NJW 1985, 974 f., 1985, 972 f. und dazu näher M. Winter, Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 18 f.; ferner zur Treupflicht des Aktionärs BGHZ 103, 184 (194 f.) = NJW 1988, 1579; BGH NJW 1995, 1739 (1741 f.). AA unter Betonung des Rechtsform-bezogenen Treupflichtansatzes Reuter GmbHR 1981, 129 (130, 137); → § 34 Rn. 22 f. (Reuter) in Auseinandersetzung mit Lutter AcP 180 (1980), 84 (105 ff.) und Wiedemann GesR I § 8 II 3, S. 432 ff.

<sup>650</sup> So BGH NJW 1985, 974 f. – Verzicht auf Verzinsung des eingesetzten Kapitals zur Erhaltung des Unternehmens; vgl. auch BGH NJW 1985, 972 f. – wirksame Ermächtigung an den Beirat einer Publikums-KG, solche in die Rechtsstellung der Gesellschafter eingreifende Vertragsänderungen – hier: Stundung von Zinsen – zu beschließen, denen diese kraft Treupflicht zustimmen müssten.

<sup>651</sup> RGZ 158, 302 (310); 163, 35 (38); A. Hueck ZGR 1972, 237 (240–244); Erman/Westermann Rn. 48 f. (hM).

<sup>652</sup> BGH NJW 1973, 2198 – Veranlassung des KG-Geschäftsführers durch einen Kommanditisten zu pflichtwidrigem Handeln.

<sup>653</sup> Dazu aus der Rspr.: BGHZ 37, 381 (384) = NJW 1962, 1811 – der Verpflichtung eines Gesellschafters, seine Arbeitskraft für die Gesellschaft einzusetzen, steht dessen Nebentätigkeit im eigenen Interesse nicht entgegen, soweit hierdurch keine Gesellschaftsinteressen berührt werden; BGH NJW 1986, 584 (585) – treuwidriges Handeln eines Geschäftsführers, der ein notwendiges Betriebsgrundstück nicht durch die Gesellschaft, sondern durch seine Ehefrau erwerben lässt und es von dieser gegen eine erhöhte Miete für die Gesellschaft anmietet; NJW 1986, 844 – Widerspruch gegen die vom Geschäftsführer beabsichtigten Gehaltserhöhungen für Mitarbeiter der Gesellschaft nicht deshalb unbeachtlich, weil der Widersprechende damit auch sein Interesse an einem höheren Gesellschaftsgewinn verfolgt; NJW 1989, 2687 f. (treuwidriger Erwerb eines notwendigen Betriebsgrundstücks durch Kommanditisten für eigene Zwecke); OLG Nürnberg WM 1962, 731 (732) – Treuwidrigkeit – auch gegenüber den Mitgesellschaftern – eines Verhaltens, das diesen die Kontrolle und Verfügungsbefugnis über Vermögenswerte der Gesellschaft entzieht, selbst wenn die Gesellschaft hierdurch keinen Nachteil erleidet; ferner KG OLGZ 1969, 311 – treuwidrige Nutzung einer Wohnung in dem der GbR gehörenden Mietshaus für eigene Zwecke des Geschäftsführers; BGH NZG 2013, 216 und OLG Koblenz NZG 2010, 1182 – Anwendung der Geschäftschancenlehre auf die GbR; OLG München NZG 2015, 66 f. – GmbH; Verweigerung der Zustimmung zu Geschäftsführungsmaßnahme ist treuwidrig, wenn Gesellschafter die Maßnahme nicht inhaltlich angreift, sondern im alleinigen Verantwortungsbereich des Geschäftsführers belassen will.



- 227 Von vergleichsweise geringerer Bedeutung ist die Treupflicht gegenüber der Gesamtheit dagegen bei **eigennützigem**, dem Gesellschafter im eigenen Interesse verliehenen **Mitgliedschaftsrechten**. Hierzu gehören einerseits die Vermögensrechte (Dispositionsrecht über den Anteil, Gewinn- und Entnahmerecht, Recht auf Aufwendungsersatz und auf Auseinandersetzungsguthaben), andererseits die nicht auf die Geschäftsführung bezogenen Verwaltungs- und Kontrollrechte wie das Stimmrecht, das Recht auf Information und Einsicht in die Geschäftsunterlagen (§ 716) und das Recht auf Rechnungslegung (§ 721). Ein Vorrang des Gesellschaftsinteresses bei Ausübung dieser Rechte besteht nicht. Wohl aber führt die Treupflicht dazu, dass der Gesellschafter diese Rechte, soweit sie Nachteile für die Gesellschaft zur Folge haben können, *nicht willkürlich* und ohne Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaft gebrauchen darf, dass er sich des aus der Sicht der Gesellschaft *schonendsten Mittels* bedienen und dass er den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachten muss.<sup>654</sup> Die Treupflicht hat insoweit daher in erster Linie **Schrankenfunktion**.<sup>655</sup> Sie setzt der Durchsetzung des Gewinnanspruchs ohne Rücksichtnahme auf die finanzielle Lage der Gesellschaft Grenzen<sup>656</sup> und steht der Geltendmachung des Informations- und Einsichtsrechts in einer die Geschäftsführung erschwerenden Art und Weise oder zum Zweck gesellschaftsfremder Verwertung der Informationen entgegen.<sup>657</sup>
- 228 Auch die **Kündigung** der Gesellschaft darf nicht zur Unzeit geschehen (§ 723 Abs. 2) oder sich wegen des damit verfolgten Zwecks oder der Begleitumstände als treuwidriges, die berechtigten Interessen der Gesamtheit schädigendes Verhalten darstellen (→ § 723 Rn. 50 ff.). Das Festhalten an vertraglich eingeräumten **Sonderrechten** ist zwar grundsätzlich nicht zu beanstanden.<sup>658</sup> Anderes gilt jedoch dann, wenn der Anlass für das Sonderrecht entfallen ist oder die weitere Berufung hierauf sich als unvereinbar mit der gebotenen Rücksicht auf Gesellschaft und Mitgesellschafter erweist. – Zum Einfluss der Treupflicht bei der Durchsetzung von Drittgläubigerforderungen gegenüber GbR oder Mitgesellschaftern → Rn. 203.
- 229 **b) Treupflicht gegenüber Mitgesellschaftern.** Die Treupflicht gegenüber den einzelnen Mitgesellschaftern beschränkt sich auf den vom Gesellschaftsvertrag erfassten, durch den Gesellschaftszweck definierten **mitgliedschaftlichen Bereich**; der private Bereich wird allenfalls mittelbar im Hinblick darauf erfasst, dass sich private Auseinandersetzungen in einer das gegenseitige Vertrauen gefährdenden Weise auf die Gesellschaft auswirken können.<sup>659</sup> Eigenständige Bedeutung gegenüber der Treupflicht zur Gesellschaft hat diejenige gegenüber Mitgesellschaftern nur dann, wenn nicht gleichzeitig die Interessen der Gesellschaft bzw. aller Mitgesellschafter berührt sind.<sup>660</sup> Das kommt namentlich im Rahmen der Liquidation sowie bei der Ausübung von Ausschluss- und Übernahmerechten in Betracht, ferner bei Zulässigkeit mehrheitlicher Vertragsänderungen (→ § 709 Rn. 84 ff.) sowie in sonstigen Fällen, in denen besonders schutzwürdige Belange einzelner Gesellschafter in der verbenden Gesellschaft in Frage stehen. In letzter Zeit hat der BGH besonders die Pflicht zur Unterstützung von *Sanierungsmaßnahmen* (Kapitalschnitt uÄ) betont, ohne den einzelnen Gesellschafter freilich einer Nachschusspflicht zu unterwerfen (→ § 707 Rn. 10 f.).<sup>661</sup> Inhaltlich gebietet die

<sup>654</sup> Dazu namentlich *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, 1963, S. 349 ff.; vgl. auch *Soergel/Hadding/Kießling* Rn. 60; *Erman/Westermann* Rn. 49; *Staub/Schäfer* HGB § 105 Rn. 235.

<sup>655</sup> Vgl. nur *Erman/Westermann* Rn. 51; allg. dazu *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, 1963, S. 97 ff., 287 ff.; *Wiedemann* GesR I § 8 II 3, S. 431 ff.

<sup>656</sup> Vgl. BGH NJW 1985, 972 f. (974 f.); OLG Koblenz WM 1984, 1051 – durch Treupflicht gebotener Verzicht auf Verzinsung von Gesellschafterdarlehen in der Publikums-KG; s. auch LG Frankfurt NZG 2013, 1064 (1065 f.) – Suhrkamp; aus Treupflicht resultiert Anspruch gegen Mitgesellschafter auf Stundung von Gewinnansprüchen und qualifizierten Rangrücktritt zur Abwehr der Insolvenzreife; aA, aber nicht überzeugend LG Berlin NZG 2014, 1303 (1305 f.) – Treupflicht habe keinen Einfluss auf Geltendmachung titulierter Gewinnansprüche.

<sup>657</sup> So auch § 51a Abs. 2 GmbHG als gesetzliche Verkörperung der treupflichtbedingten Schranken des Informationsrechts.

<sup>658</sup> BGHZ 14, 25 (38) = NJW 1954, 1401 – Stimmausübung zur Erhaltung der Sperrminorität in einer GmbH.

<sup>659</sup> Zutr. *Zöllner*, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, 1963, S. 349; vgl. auch *Soergel/Hadding/Kießling* Rn. 60; *Staub/Schäfer* HGB § 105 Rn. 238; *Lutter* AcP 180 (1980), 84 (128 f.); *Lindacher* NJW 1973, 1169; hM; für das Aktienrecht BGH NJW 1992, 3167 (3171); → § 723 Rn. 31.

<sup>660</sup> Zust. *Bamberger/Roth/Schöne* Rn. 101; grdl. *M. Winter*, Treubindungen im GmbH-Recht, 1988, S. 88 ff.

<sup>661</sup> BGHZ 183, 1 Rn. 22 f. = NJW 2010, 65 (67) – Sanieren oder Ausscheiden – Pflicht beitragsunwilliger Gesellschafter zur Zustimmung zum eigenen Ausscheiden, wenn Gesellschaft überschuldet; BGH ZIP 2015, 1626 Rn. 23 ff. – Pflicht zum Ausscheiden bei [unterstellt] sanierungsbedürftiger und -fähiger Gesellschaft, sofern Gesellschaftsvertrag keine die Pflicht ausschließende Regelungen enthält(?). Vgl. aber auch BGH NJW 2011, 1667 (1669 f.) – keine Pflicht zum Ausscheiden beitragsunwilliger Gesellschafter, wenn Gesellschaft nicht überschuldet, erst recht, wenn Vertragsregelung ausdrücklich vorsieht, dass Beitragsunwillige nur die Verwässerung ihrer Beteiligung hinzunehmen haben; → § 707 Rn. 10.