

Kapitel 3: Inhalt, Umfang und Grenzen

Die Mannigfaltigkeit der Einzelfälle, in denen die Treuepflicht zur Anwendung kommt – von unterschiedlichen Rechtsformen über unterschiedliche Strukturen innerhalb einer Rechtsform bis hin zu unterschiedlichen Ausgestaltungen innerhalb einer Gesellschaft –, machen es schwer bis unmöglich, einen konkreten Inhalt oder gar eine abstrakt-generelle Anwendungsregel zu bestimmen.¹⁷¹ Ebendiese Fülle und Vielzahl der möglichen Anwendung der Treuepflicht lassen diese als „Wunder-“ oder „Allzweckwaffe“ erscheinen. Es verwundert daher nicht, dass anscheinend jeder ein anderes Verständnis der Treuepflicht bzw. eine andere Herangehensweise an diese mitbringt. Dies führt zu einer recht uneinheitlichen bis willkürlich wirkenden Verwendung der Begrifflichkeiten „Inhalt“, „Umfang“ und „Intensität“ der Treuepflicht. Im Folgenden soll daher das hier vertretene Verständnis dieser Begrifflichkeiten erläutert werden.

Der Inhalt der Treuepflicht soll nach verbreiteter Auffassung immer nur für den jeweiligen Einzelfall bestimmbar sein.¹⁷² Gibt es also keinen einheitlichen Inhalt der Treuepflicht, stellt sich die Frage, ob es letztlich überhaupt *die* bzw. *eine* Treuepflicht gibt – oder handelt es sich möglicherweise um „kleinteilige, selbstständige, je nach Gesellschaft individuell und

171 *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 21; *Wiedemann*, FS Heinsius, S. 953; vgl. auch *Thole*, ZIP 2013, 1937, 1938; zur organschaftlichen Treuepflicht *Frodermann/von Eiff*, in: Frodermann/Jannott Handbuch AktR, 1.4.2 Rn. 173.

172 BGH, Urt. v. 14. Februar 2019 – Az.: IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100, 109 = NJW 2019, 1289 = NZG 2019, 624 = ZIP 2019, 666; BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 420/13, NZG 2015, 995, 997 = NJW 2015, 2882 = ZIP 2015, 1951; BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 227/14, DNotZ 2016, 139 = BeckRS 2015, 15474 = GmbH-Stpr 2016, 189; BGH, Urt. v. 25. Januar 2011 – Az.: II ZR 122/09, NJW 2011, 1667, 1649 = ZIP 2011, 768 = WM 2011, 885; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23. November 2017 – Az.: I-6 U 225/16, WM 2018, 564, 569 = ZIP 2018, 72 = NZG 2018, 297; OLG Zweibrücken, Urt. v. 27. Juni 2005 – Az.: 8 U 106/05, BeckRS 14014; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 22 f.; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 155; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 76; *Haas*, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas HGB, § 109 Rn. 12; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 105 Rn. 150; *Wilhelmi*, in: BeckOK GmbHG, § 13 Rn. 184; *Heidrich/Steinicke*, SanB 2020, 44, 46; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 21; *Wiedemann*, FS Heinsius, S. 953; *Lieder*, DZWIR 2007, 292; vgl. auch *Thole*, ZIP 2013, 1937, 1938.

separat entstehende Teilpflichten, die lediglich durch einen Gattungsbegriff ‚Treuepflicht‘ zusammengeführt werden“¹⁷³? Die Literatur geht überwiegend von einem einheitlichen Treuepflichtbegriff aus. Insbesondere in Anbetracht der dogmatischen Grundlage der Treuepflicht als Institut der richterrechtlichen Rechtsfortbildung kann die Annahme eines „Flickenteppichs“¹⁷⁴ aus unterschiedlichen Teilpflichten nur schwerlich überzeugen.

Der BGH geht von einer „allgemeinen Treuepflicht“ aus.¹⁷⁵ Diese allgemeine Treuepflicht bedürfe keiner ausdrücklichen Regelung im Gesellschaftsvertrag. Zwar stellt dieser, wie dargestellt, die Rechtsgrundlage der Treuepflicht dar, diese ist jedoch dann auch ohne explizite Regelung jedem Gesellschaftsverhältnis immanent.¹⁷⁶ Diese allgemeine Treuepflicht lasse sich jedoch durch den Gesellschaftsvertrag ebenfalls konkretisieren.¹⁷⁷

Für ein einheitliches und brauchbares Rechtsinstitut sollte daher an den BGH angelehnt zwischen der *allgemeinen* und der *konkreten* Treuepflicht unterschieden werden. Die allgemeine Treuepflicht beschreibt den Inhalt der Treuepflicht als Rechtsinstitut. Bei der konkreten Treuepflicht handelt es sich hingegen um den tatsächlichen Umfang der Treuepflicht im Einzelfall. Die Möglichkeit, die Treuepflicht zunächst grundsätzlich zu bejahen, ist unabhängig vom konkreten Anwendungsfall zu beurteilen. Daher ist die Frage, ob ein Aktionär im Einzelfall der Treuepflicht unterliegt, eine zweite, davon losgelöste Frage.¹⁷⁸

173 Kern, Treuepflicht im Insolvenzverfahren, S. 107, der dies jedoch verneint; *Jabornegg*, FS Krejci, S. 681.

174 Kern, Treuepflicht im Insolvenzverfahren, S. 107.

175 BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 420/13, NZG 2015, 995, 997 f. = NJW 2015, 2882 = ZIP 2015, 1951; BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 227/14, DNotZ 2016, 139 = BeckRS 2015, 15474 = GmbH-Stpr 2016, 189.

176 BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 420/13, NZG 2015, 995, 997 = NJW 2015, 2882 = ZIP 2015, 1951; BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 227/14, DNotZ 2016, 139 = BeckRS 2015, 15474 = GmbH-Stpr 2016, 189; BGH, Versäumnisurt. v. 22. Januar 2019 – Az.: II ZR 143/17, NZG 2019, 702 = ZIP 2019, 1008 = WM 2019, 923.

177 BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 420/13, NZG 2015, 995, 997 = NJW 2015, 2882 = ZIP 2015, 1951; BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 227/14, DNotZ 2016, 139 = BeckRS 2015, 15474 = GmbH-Stpr 2016, 189.

178 Dreher, ZHR 1993, 150, 157.

A. Die allgemeine Treuepflicht

Unstreitig umfasst die Treuepflicht inhaltlich sowohl die vertikale Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft als auch umgekehrt-vertikal die Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftern. Gleichmaßen ist die horizontale Treuepflicht der Gesellschafter untereinander umfasst.¹⁷⁹

Aufgrund der zahlreichen Anwendungsfälle, individuellen Ausgestaltungen der Treuepflicht und ihrer Eigenschaft als richterrechtlicher Generalklausel ist eine Annäherung an den tatsächlichen Inhalt oder eine Umschreibung desselben schwierig. Ausgehend von der rechtsfunktionellen Begründung muss die Treuepflicht, um dem Ziel des Interessenausgleichs gerecht zu werden, insbesondere der Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung einerseits und der Förderung der Gesellschaft andererseits gerecht werden.

I. Förderung der Gesellschaft

Wie dargestellt, kommt der gemeinsamen Förderung der Gesellschaft eine gewichtige Funktion bei der Entstehungsgrundlage der Treuepflicht zu, deren Sicherstellung eines der Gründe für das Bedürfnis der Treuepflicht ist. Inhaltlich muss die Treuepflicht daher eine Förderpflicht umfassen. Hinter der Förderpflicht steht ein berechtigtes Vertrauen der Gesellschafter dahingehend, dass die übrigen Gesellschafter sich weder rücksichtslos noch geschäftsschädigend verhalten, sondern vielmehr ebenfalls die Funktionsfähigkeit und den Erfolg der Gesellschaft bezwecken. Es wäre widersprüchlich und rechtsmissbräuchlich, würde ein Gesellschafter mit der Mitgliedschaft die Schädigung der Gesellschaft bezwecken. Die Pflicht zur Förderung umfasst dabei als „Minus“ zur Förderung notwendigerweise die Rücksichtnahme gegenüber den Belangen der Gesellschaft. Die Förderpflicht aus Treuepflicht geht dabei, wie dargestellt, über die konstitutive Förderpflicht aus § 705 BGB hinaus. Nicht oder nur reflexhaft umfasst sind hingegen die Belange der Mitgesellschafter. So kann der Gesellschafter zwar darauf vertrauen, dass ein Mitgesellschafter sich hinsichtlich der kumulierten Interessen der Gesellschafter, also der Interessen der Gesellschaft, förderlich verhält und eigene Interessen hintanstellt,

179 Inzwischen ganz h. M., siehe daher nur *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 98.

nicht jedoch gegenüber Einzelinteressen der Mitgesellschafter. Für ein solches Vertrauen fehlt es an der notwendigen Grundlage. In extremen Fallkonstellationen kann die Rücksicht auf einen gesellschaftlichen oder gar privaten Belang eines Mitgesellschafter zur Förderung der Gesellschaft notwendig sein. In Betracht käme etwa eine drohende Privatinsolvenz des Gesellschafter, sollte nicht eine Forderung der Gesellschaft gestundet werden, wenn dies gem. § 728 Abs. 2 S. 1 BGB die Auflösung der Gesellschaft zur Folge hätte. Das Förderelement der Treuepflicht ist dabei (weitgehend) deckungsgleich mit der vertikalen Treuepflicht.

II. Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung

Neben der Förderung stellt das Einräumen von Einwirkungsmöglichkeiten bzw. Rechtsmacht den anderen Teil der Entstehungsgrundlage dar. Aufgabe der Treuepflicht bzw. Bedürfnis derselben ist daher, wie gezeigt, dem Prinzip der Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung gerecht zu werden respektive diese sicherzustellen. Um zu gewährleisten, dass kein Gesellschafter seine Rechtsmacht rücksichtslos einsetzt, bedarf es inhaltlich sodann einer Rücksichtnahmepflicht. Zwar kann ein Gesellschafter nicht darauf vertrauen, dass seine Mitgesellschafter die Förderung ihrer Interessen verfolgen. Allerdings kann er davon ausgehen und auch darauf vertrauen, dass die Mitgesellschafter die verliehene Rechtsmacht nicht nur nicht missbräuchlich, sondern auch nicht rücksichtslos einsetzen. Welches Maß an Rücksicht es dabei zu wahren gilt, muss im Sinne der Interessenabwägung im Rahmen der konkreten Treuepflicht bestimmt werden. Das Element der Rücksichtspflichten entspringt dabei hauptsächlich der Wurzel der Treuepflicht aus § 242 BGB und entspricht der horizontalen Treuepflicht.

III. Fazit

Zusammengefasst beinhaltet die Treuepflicht sowohl Förder- als auch Rücksichtnahmepflichten. Der jeweilige Gesellschafter hat bei der Ausübung der jeweiligen Gesellschafterrechte sich gegenüber der Gesellschaft loyal zu verhalten, drohenden Schaden von dieser abzuwenden und den Gesellschaftszweck aktiv zu fördern sowie auf die anerkanntswerten Be-

lange der (Mit-)Gesellschafter Rücksicht zu nehmen und sich nicht willkürlich über deren Interessen hinwegzusetzen.¹⁸⁰

Hiervon ausgehend umfasst die allgemeine Treuepflicht sämtliche Maßnahmen, in denen entweder die Förderung des Gesellschaftszweckes oder die Rücksichtnahme gegenüber Gesellschaft und Gesellschafter tangiert wird und eine Verletzung möglich erscheint. Erfasst sind also sämtliche Fallgestaltungen, in denen eine Nichtbeachtung aner kennenswerter Belange und Interessen der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter sowie eine unterlassene Förderung des Gesellschaftszweckes nicht ausgeschlossen werden kann.

Mit diesen Feststellungen ist zunächst freilich nicht viel gewonnen, da nur wenige Verhalten oder Maßnahmen denkbar sind, welche weder die Förderung der Gesellschaft noch die Rücksichtnahme zumindest tangieren. Dieser uferlose Anwendungsbereich mag jedoch nicht sonderlich verwundern, wenn man sich Sinn und Zweck der Treuepflicht in Form der rechtsfunktionellen Begründung vor Augen führt. Vertrauen, Rechtsmacht und Verantwortung sowie die Auflösung des Spannungsverhältnisses von Gesellschafts- und Gesellschafterinteressen durchziehen das gesamte Gesellschaftsverhältnis mit allen Maßnahmen und Sachverhalten. Die inhaltliche Omnipräsenz der allgemeinen Treuepflicht ist daher unausweichlich, ist sie doch das Öl zwischen den vielen Zahnrädern der Gesellschaft.

B. Die konkrete Treuepflicht

Dass es bei diesem überbordenden Anwendungsbereich der Treuepflicht nicht bleiben kann, liegt auf der Hand. Aus der allgemeinen Treuepflicht ist sodann die konkrete Treuepflicht zu entwickeln, die den jeweiligen Gesellschafter in der jeweiligen Gesellschaft trifft. Dabei muss zunächst der für die jeweilige Gesellschaft geltende Inhalt (sachliche konkrete Treuepflicht) und dann die für den jeweiligen Gesellschafter geltende persönliche konkrete Treuepflicht festgestellt werden.

180 BGH, Urt. v. 14. Februar 2019 – Az.: IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100, 108 = NJW 2019, 1289 = NZG 2019, 624 = ZIP 2019, 666; BGH, Urt. BGH, Urt. v. 5. Dezember 2005 – Az.: II ZR 13/04, ZIP 2006, 230 = NZG 2006, 194 = WM 2006, 436; OLG Stuttgart, Urt. v. 8. Oktober 1999 – Az.: 20 U 59/99, NZG 2000, 490, 494 = BB 1999, 2316 = AG 2000, 369; *Wicke*, in: *Wicke GmbHG*, § 13 Rn. 19; *Koch*, in: *Hüffer/Koch AktG*, § 53a Rn. 16; *Heidel*, in: *Heidel/Schall HGB*, § 105 Rn. 229; *Gesell*, in: *BeckHdb PersG*, § 4 Rn. 155.

I. Sachliche konkrete Treuepflicht (Inhalt)

Um ihrer Funktion als „Lückenfüller“ bzw. dem Ziel des Interessenausgleichs gerecht zu werden, muss die Treuepflicht das konkrete Gesellschaftsverhältnis berücksichtigen. Somit muss der Inhalt der allgemeinen Treuepflicht anhand der auf ebendiesem Verhältnis beruhenden Erwartungshaltung und somit anhand der konkreten Mitgliedschaft begrenzt werden.¹⁸¹ Dabei präzisiert der Gesellschaftsvertrag dem BGH zufolge Inhalt und Umfang der Treuepflicht.¹⁸² Da der Inhalt der (allgemeinen) Treuepflicht, wie zuvor ausgeführt, grundsätzlich derselbe ist, muss dies wie folgt interpretiert werden: Der Inhalt der allgemeinen Treuepflicht wird durch das jeweilige Gesellschafterverhältnis zur konkreten Treuepflicht geformt. Diese Annahme folgt schon daraus, dass die Treuepflicht im Grundsatz dispositiv ist und ihre konkrete Gestalt im Einzelfall durch das im Gesellschaftsvertrag Versprochene findet.¹⁸³ Durch Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag kann daher die konkrete Gestalt der Treuepflicht erweitert werden. Überwiegend wird auch anerkannt, dass einzelne Ausprägungen der Treuepflicht im Gesellschaftsvertrag abbedungen werden können.¹⁸⁴ Schließlich schuldet ein Gesellschafter in aller Regel nicht

181 BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 420/13, NZG 2015, 995, 997 = NJW 2015, 2882 = ZIP 2015, 1951; BGH, Urt. v. 25. Januar 2011 – Az.: II ZR 122/09, NJW 2011, 1667, 1669 = NZG 2011, 510 = ZIP 2011, 768 = WM 2011, 885; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23. November 2017 – Az.: I-6 U 225/16, NZG 2018, 297, 300 = ZIP 2018, 72 (m. Anm.) = BB 2018, 590; OLG München, Urt. v. 17. April 2012 – Az.: 5 U 2168/11, NZG 2012, 663, 665 = ZIP 2013, 165 (m. Anm.) = WM 2012, 1727; von Rummel/Enge, NZG 2017, 256, 257; Janke, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 30; Lieder, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 155; Windbichler, Gesellschaftsrecht, § 7 Rn. 4; Gesell, in: BeckHdb PersG, § 4 Rn. 91; Wertenbruch, in: E/B/J/S HGB, § 105 Rn. 129; Looschelders/Olzen, in: Staudinger, § 242 Rn. 1006; Schneider, NZG 2011, 575, 577.

182 BGH, Versäumnisurt. v. 22. Januar 2019 – Az.: II ZR 143/17, NZG 2019, 702 = ZIP 2019, 1008 = WM 2019, 923; BGH, Urt. v. 25. Januar 2011 – Az.: II ZR 122/09, NJW 2011, 1667, 1669 = NZG 2011, 510 = ZIP 2011, 768 = WM 2011, 885; BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 420/13, NZG 2015, 995, 997 = NJW 2015, 2882 = ZIP 2015, 1951.

183 Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 37; vgl. Fn. 181.

184 Lieder, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 150; Merkt, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 109 f.; Verse, in: Henssler/Strohn GesR, § 14 Rn. 115; Fleischer/Harzmeier, NZG 2015, 1289, 1290, eine Abbedingung der Treuepflicht kommt jedenfalls im Hinblick auf das Wettbewerbsverbot, als Ausprägung der Treuepflicht, zum Tragen. Das eine Abdingbarkeit des Wettbewerbsverbots möglich ist, geht schon aus § 112 HGB bzw. § 88 Abs. 1 AktG hervor. Auf die umstrittenere Frage, ob die Treuepflicht vollständig abbedungen werden kann, kann im Rah-

mehr, als er ebenda versprochen hat.¹⁸⁵ Durch das Versprochene wird eine berechnigte Erwartungshaltung bei der Gesellschaft und den Mitgesellschaftern erzeugt. Stehen Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag allerdings einer solchen berechnigten Erwartungshaltung entgegen, so besteht diesbezüglich keine Treuepflicht.¹⁸⁶ Dieser Prämisse folgend, bedeutet dies, dass der konkreten Treuepflicht nur unterfällt, was in irgendeiner Form im Gesellschaftsverhältnis angelegt ist. Hierfür spricht nicht zuletzt schon die Tatsache, dass die Treuepflicht in der Mitgliedschaft wurzelt. Ist etwas nun jedoch nicht im konkreten Gesellschaftsverhältnis (also der Mitgliedschaft) angelegt, fehlt schon der – um im Bild zu bleiben – notwendige Nährboden.

Deutlich wird dies in dem (bereits zitierten) Urteil des BGH:

*BGH, Urt. v. 25. 1. 2011 – II ZR 122/09 (KG)*¹⁸⁷

Die Beklagte war ein geschlossener Immobilienfonds in der Rechtsform einer GbR. Nachdem auch hier die Gesellschaft in wirtschaftliche Schiefelage geraten war, sollte im Rahmen einer Sanierungsmaßnahme eine Kapitalerhöhung stattfinden. Gesellschafter, die entsprechende Anteile nicht zeichnen, sollten mit Ablauf der Zeichnungsfrist ausscheiden.

Im Gegensatz zur *Sanieren-oder-Ausscheiden-Entscheidung*¹⁸⁸ enthielt der Gesellschaftsvertrag hier Bestimmungen, wonach eine Erhöhung

men dieser Arbeit nicht eingegangen werden, vgl. hierzu ausführlich *Mann*, Abdingbarkeit der Treuepflicht; *Haunschild*, Die Abdingbarkeit der Treuepflicht im Gesellschaftsrecht.

- 185 BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 420/13, NZG 2015, 995, 997 = NJW 2015, 2882 = ZIP 2015, 1951; BGH, Urt. v. 25. Januar 2011 – Az.: II ZR 122/09, NJW 2011, 1667, 1669 = NZG 2011, 510 = ZIP 2011, 768 = WM 2011, 885; OLG Düsseldorf, Urt. v. 23. November 2017 – Az.: I-6 U 225/16, NZG 2018, 297, 300 = ZIP 2018, 72 (m. Anm.) = BB 2018, 590; *Schneider*, NZG 2011, 575, 577; *Fischer*, in: Knops/Bamverger/Lieser Recht der Sanierungsfinanzierung, § 30 Rn. 11; *Born*, in: E/B/J/S HGB, § 109 Rn. 20; *Haas*, in: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas HGB, § 109 Rn. 12; *Müller/Schmidt/Liebscher*, in: Thierhoff/Müller Unternehmenssanierung, 8. Kapitel II 5. 2. Rn. 167.
- 186 BGH, Urt. v. 9. Juni 2015 – Az.: II ZR 420/13, NZG 2015, 995, 997 = NJW 2015, 2882 = ZIP 2015, 1951; BGH, Urt. v. 25. Januar 2011 – Az.: II ZR 122/09, NJW 2011, 1667, 1669 = NZG 2011, 510 = ZIP 2011, 768 = WM 2011, 885.
- 187 BGH, Urt. v. 25. Januar 2011 – Az.: II ZR 122/09, NJW 2011, 1667 = NZG 2011, 510 = ZIP 2011, 768 = WM 2011, 885.
- 188 BGH, Urt. v. 19. Oktober 2009 – Az.: II ZR 240/08 („*Sanieren oder Ausscheiden*“), BGHZ 183, 1 = NJW 2010, 65 = NZG 2009, 1347 = ZIP 2009, 2289 (m. Anm.) = WM 2009, 2264.

des Gesellschaftskapitals nur mit Zustimmung aller Gesellschafterstimmen zulässig sein sollte, sowie die Bestimmung, dass bei Nichtzustandekommen eines solchen Beschlusses die zustimmenden Gesellschafter berechtigt sein sollten, ihre Einlagen zu erhöhen, und die restlichen Gesellschafter in diesem Fall eine Verringerung hinnehmen müssten. Die entsprechenden Beschlüsse zur Kapitalerhöhung wurden mit der zur Satzungsänderung notwendigen Mehrheit gefasst, jedoch ohne die Stimmen der Kläger, welche dann auch die Zeichnung der Kapitalerhöhung versagten. Die Beklagte sah nach Ablauf der Zeichnungsfrist die Kläger als ausgeschieden an.

In erster Instanz wurden die Unwirksamkeit der Gesellschaftsvertragsänderung und das Fortbestehen des Gesellschaftsverhältnisses festgestellt. Berufung und Revision hatten keinen Erfolg.

Der BGH entschied, dass die Kapitalerhöhung im Hinblick auf die Bestimmung des Gesellschaftsvertrages wirksam sei, nicht jedoch die Bestimmung, dass die nicht zeichnenden Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden sollten, da ein Gesellschafter im Allgemeinen nicht verpflichtet sei, einer seine Gesellschafterstellung aufhebenden Änderung des Gesellschaftsvertrages zuzustimmen. Eine Zustimmungspflicht eines Gesellschafters könne nur bestehen, wenn eine auf dem konkreten Gesellschaftsverhältnis beruhende berechtigige Erwartungshaltung der übrigen Gesellschafter bestehe.

Vorliegend sei eine Erwartungshaltung, dass jeder Gesellschafter in der Schieflage der Gesellschaft weiteres Risiko auf sich nimmt und sich an einer Kapitalerhöhung beteiligt, durch das eingegangene Gesellschaftsverhältnis nicht begründet worden. Den jeweiligen Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag sei zu entnehmen gewesen, dass eine eventuell zur Aufrechterhaltung der Gesellschaft notwendig werdende Kapitalerhöhung oder Nachschusszahlung einstimmig beschlossen werden musste, wenn sie alle Gesellschafter verpflichten sollte; andernfalls sollten die zustimmenden Gesellschafter berechtigt sein, ihre Einlagen zu erhöhen, während die nicht zustimmenden Gesellschafter unter Verringerung ihres Beteiligungsverhältnisses in der Gesellschaft verbleiben können sollten:

„Auf Grund dieser ausdrücklichen gesellschaftsvertraglichen Regelung, mit der sich jeder Gesellschafter bei seinem Eintritt in die Gesellschaft einverstanden erklärt hatte, durfte er nicht darauf vertrauen, einen Mitgesellschafter, der im Falle einer Schieflage der Gesellschaft zu weiteren Einlagen nicht bereit war, unter dem Gesichtspunkt der gesellschaftlicher Treuepflicht mit einer anderen als der vertraglich

vorgezeichneten Rechtsfolge in Anspruch nehmen zu können. Vielmehr musste jeder Gesellschafter damit rechnen, dass zusätzlicher Kapitalbedarf der Gesellschaft nur von einem Teil der Gesellschafter aufgebracht würde, sich andere Gesellschafter dagegen nicht an der Kapitalerhöhung beteiligten und sich für den Verbleib in der Gesellschaft unter Verwässerung ihrer Gesellschaftsanteile entschieden.“

Da der Gesellschaftsvertrag hier konkrete Bestimmungen enthielt, bestand für eine Treuepflichtprüfung in dieser Hinsicht folglich kein Raum. Der Gesellschaftsvertrag stellt eine Grenze der Treuepflicht dar, wodurch die entsprechenden Stimmabgaben von der konkreten Treuepflicht nicht umfasst sind.

Die konkrete Treuepflicht findet ihre Grenzen jedoch nicht nur in den Bestimmungen des jeweiligen Gesellschaftsvertrages. Neben diesen spielt auch schon die jeweilige Rechtsform insofern eine Rolle, als dass die Treuepflicht durch das geschriebene Recht, die *lex scripta*, begrenzt wird, welche der Treuepflicht mit expliziten gesetzgeberischen Wertentscheidungen vorgeht.¹⁸⁹ Finden sich im Gesetz abschließend geregelte Wertentscheidungen, bleibt kein Raum für eine Anwendung der Treuepflicht.¹⁹⁰ Dennoch bleibt auch hier die Treuepflicht nicht völlig außen vor. So kann bei der Auslegung der begrenzenden Normen die Treuepflicht durchaus eine Rolle spielen.¹⁹¹ Deutlich wird dies am Beispiel der Kündigung der

189 BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 19 = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 97; *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 58; *Cahn/v. Spannenberg*, in: BeckOGK AktG, § 53a Rn. 56; *Schlitt/Maier-Reinhardt*, in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 21; *Hofmann*, Minderheitenschutz im Gesellschaftsrecht, S. 27; *Schneider*, Gesellschafter-Stimpfpflichten bei Sanierungen, S. 202.

190 Dies gilt beispielsweise im Hinblick auf einen Minderheitenschutz für die in §§ 20 f. AktG, 21 ff. WpHG normierten Mitteilungspflichten. Ein über das Gesetz hinausgehendes Mitteilungserfordernis kann dann auch nicht über die Treuepflicht erreicht werden, *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 97; kritisch *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 20 Rn. 8; für die Treuepflicht ist auch dann kein Raum, wenn ein Verhalten außerdem ausschließlich die Schädigung der Gesellschaft oder Mitgesellschafter bezweckt, da hier § 226 BGB Anwendung findet.

191 *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 97; so bereits zum ebenfalls die Treuepflicht begrenzenden Gesellschaftsvertrag *Henssler*, in: Henssler/Strohn GesR, HGB, § 105 Rn. 98; *Kindler*, in: Koller/Kinder/Roth/Drüen HGB, § 105 Rn. 7; *Klimke*, in: BeckOK HGB, § 105 Rn. 40; *Wertenbruch*, in: E/B/J/S

Gesellschaft bzw. dem Austritt eines Gesellschafters. Die Aufkündigung der Gesellschaft und in der Regel auch schon der Austritt stellen mitnichten eine Förderung des Gesellschaftszwecks dar und wären regelmäßig als ein Verstoß gegen die Förderpflicht zu klassifizieren. Allerdings soll es nach gesetzgeberischer Entscheidung grundsätzlich möglich sein, ein auf Dauer angelegtes Schuldverhältnis zu lösen. Dies beispielsweise nach § 314 BGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes. Aber auch gesellschaftsrechtlich soll eine Kündigung, Austritt oder gar Auflösung nach gesetzgeberischer Konstruktion selbstredend möglich sein.¹⁹² Da es hier zu einer gesetzgeberischen Wertentscheidung kam, bleibt kein Raum für eine Anwendung der Treuepflicht, weshalb beispielsweise eine Auflösung, obgleich sie der Förderpflicht zuwiderläuft, kein Treuepflichtverstoß darstellen kann. Dennoch ist bei der Anwendung bzw. der Auslegung der Gesetzesnorm die Treuepflicht zu beachten. Ein Verstoß kommt nicht hinsichtlich des „ob“, wohl aber des „wie“ in Betracht. Insbesondere eine Kündigung oder Auflösung zur Unzeit kann dabei einen Treuepflichtverstoß darstellen.¹⁹³

Weiteres Beispiel stellt der sog. *Squeeze-out* dar. Nach gesetzgeberischer Konzeption soll es gem. §§ 327a-327f AktG auf Verlangen eines mit mindestens 95 Prozent beteiligten Hauptaktionärs ohne weitere Voraussetzungen möglich sein, einen Minderheitsaktionär auszuschließen. Ein solcher Hauptversammlungsbeschluss kann aufgrund der Grenze des geschriebenen Rechts nicht als treuwidrig eingestuft werden.¹⁹⁴ Ein solches kann sich lediglich aus besonderen Umständen des Einzelfalls, also bei der Umsetzung bzw. dem „wie“ ergeben.¹⁹⁵

Dies führt im Ergebnis dazu, dass gewisse Maßnahmen und Sachverhalte zwar inhaltlich von der allgemeinen Treuepflicht *erfasst* sein können, jedoch von der konkreten Treuepflicht nicht mehr *umfasst* sind. Deutlich

HGB, § 105 Rn. 101; Schäfer, in: Staub HGB, § 105 Rn. 193 f.; Schlitt/Maier-Reinhardt, in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 13.

192 Vgl. nur zur Auflösung §§ 131, 133 HGB, § 60 Abs. 1 GmbHG, § 262 AktG.

193 Die Kündigung zur Unzeit fand aufgrund seiner Bedeutung, jedenfalls für die GbR, eine Normierung in § 732 Abs. 2 BGB, welche es zu beachten gilt.

194 Siehe nur Fuhrmann/Simon, WM 2002, 1211, 1214.

195 Vgl. Götz, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 62 m. w. N; Gehling, in: Semler/Stengel UmwG, § 13 Rn. 24; Fröde, NZG 2007, 729, 732; Kort, ZIP 2006, 1519, 1520 f.; Krieger, BB 2002, 53, 55; wohl auch OLG Köln, Beschluss v. 14. Dezember 2017 – Az.: 18 AktG 1/17, NZG 2018, 459, 465 = ZIP 2017, 2468 = WM 2019, 1218; mit Beispielen und m. w. N. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16. Januar 2004, Az.: I-16 W 63/03, 16 W 63/03, ZIP 2004, 359, 361 = NZG 2004, 328 = WM 2004, 728.

wird, dass die Treuepflicht zu den gesetzlichen Regelungen, wie auch dem jeweiligen Gesellschaftsvertrag, in einer „kybernetischen Kreislaufbeziehung“ steht.¹⁹⁶ So hat die Treuepflicht einerseits die Entscheidungen des Gesetzgebers zu respektieren und darf sich hierüber nicht hinwegsetzen oder diese gar ins Gegenteil verkehren. Außerdem gilt es, gesetzgeberische Wertungen bei der Abwägung im Rahmen der Frage, ob eine konkrete Verhaltenspflicht besteht, zu berücksichtigen. Gleiches gilt auch für den Gesellschaftsvertrag, der darüber hinaus die Treuepflicht entstehen lässt und begrenzt. Umgekehrt führt die Treuepflicht, jedenfalls mittelbar, über entsprechende Verhaltenspflichten der Gesellschafter oder der Gesellschaft dazu, dass gesetzliche Vorschriften oder der Gesellschaftsvertrag treuegemäß ausgelegt und angewendet werden.

II. Persönliche konkrete Treuepflicht

Nachdem der sachliche Inhalt der konkreten Treuepflicht festgestellt wurde, also die Ausprägung der Treuepflicht, die jeden Gesellschafter der jeweiligen Gesellschaft grundsätzlich trifft, ist sodann die persönliche Reichweite (Treuepflichtbindung) festzustellen, also inwiefern dieser Inhalt den konkreten Gesellschafter erfasst bzw. verpflichtet.

Entstehungsgrundlage der Treuepflicht stellt die Mitgliedschaft dar.¹⁹⁷ Die mitgliedschaftliche Treuepflicht bindet daher zunächst nur Gesellschafter.¹⁹⁸ Mit Erwerb der Mitgliedschaft wird jeder Gesellschafter grundsätzlich auch verpflichtet bzw. gebunden. Dass einzelne Gesellschafter jedoch einer Treuepflichtbindung nicht unterliegen, ist in verschiedenen Konstellationen denkbar.

196 Zu § 242 BGB, Pfeiffer, in: jurisPK-BGB, § 242 Rn. 11, der eine solche kybernetische Kreislaufbeziehung im Verhältnis von § 242 BGB zum sonstigen Gesetzesrecht sieht.

197 Siehe hierzu ausführlich Kapitel 2 A, S. 26 ff.

198 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („Girmes“), BGHZ 129, 136 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882; Fleischer, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 51; Götze, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 26; Cabn/v. Spannenberg, in: BeckOGK AktG, § 53a Rn. 42; Lange, in: Henssler/Strohn GesR, § 53a Rn. 7; Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 18; Lieder, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 146; Wilhelmi, in: BeckOK GmbHG, § 13 Rn. 180; zur Frage nach der Haftung der Stimmrechtsvertreter ausführlich Beckerhoff, Treuepflichten bei der Stimmrechtsausübung, S. 123 ff.; für ein „reflexartiges“ Bewahren von Belangen der Gesellschaftsgläubiger, Henze, NZG 2003, 649. 654; mit Ausnahmen Seibt, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 73.

1. Einpersonengesellschaft

Durch die Neugründung oder nachträgliche Vereinigung von Anteilen kann es zu einer Einpersonen-GmbH oder -AG kommen. Nach herrschender Ansicht besteht für den einzigen Gesellschafter einer Gesellschaft keine Treuepflichtbindung.¹⁹⁹ Während dies im Hinblick auf die horizontale Treuepflicht schon denkllogisch ausgeschlossen ist, wird eine vertikale Treuepflicht teilweise – insbesondere im Hinblick auf etwaige Gläubiger – befürwortet.²⁰⁰

Zwar trifft den Alleingesellschafter die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Existenzgrundlagen der Gesellschaft, diese findet ihre Grundlage jedoch nicht in der Treuepflicht, sondern in § 826 BGB.²⁰¹ Für eine Treuepflichtbindung des Alleingeschafters gibt es insbesondere im Hinblick auf Sinn und Zweck der Treuepflicht bzw. deren rechtsfunktionelle Begründung keinen Raum. So kann dieser jederzeit den Gesellschaftszweck ändern oder aber diese ganz auflösen – mithin ist der Wille des Gesellschafters mit dem der Gesellschaft identisch, wodurch weder von der Treuepflicht zu lösende Konflikte noch ein eigenes schützenswertes Eigeninteresse der Gesellschaft denkbar sind.²⁰² Schließlich ist die mitglied-

199 BGH, Urt. v. 16. September 1985 – Az.: II ZR 275/84, BGHZ 95, 330, 340, 345 f. = NJW 1986, 188 = ZIP 1985, 1263 = BB 1985, 2065; BGH, Urt. v. 28. September 1992 – Az.: II ZR 299/91, BGHZ 119, 257, 259 f., 262 = NJW 1993, 193 = ZIP 1992, 1734 = GmbHR 1993, 38; BGH, Urt. v. 10. Mai 1993 – Az.: II ZR 74/92, BGHZ 122, 333, 336 = NJW 1993, 1922 = ZIP 1993, 1072 (m. Anm.) = GmbHR 1993, 427; *Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, S. 228; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 105 ff.; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 146; *Cahn/v. Spannenberg*, in: BeckOGK AktG, § 53a Rn. 42; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 42 ff.; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 20; einschränkend jedoch *Wilhelmi*, in: BeckOK GmbHG, § 13 Rn. 181; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 74; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 13 Rn. 58 ff.; a. *Winter*, ZGR 1994, 570 ff.; *Burgard*, ZIP 2002, 827 ff.

200 *Winter*, ZGR 1994, 570 ff.; *Burgard*, ZIP 2002, 827 ff.

201 *Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, S. 228; *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen GmbHG, § 13 Rn. 60.

202 *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 106; *Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, S. 228; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 44; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 74; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 51; *Altmeyen*, ZIP 2001, 1837, 1841 f.; wohl auch *Henze*, NZG 2003, 649, 655 f.; *Bachmann*, NZG 2001, 961, 971.

schaftliche Treuepflicht gerade kein Instrument des Gläubigerschutzes.²⁰³ Eine Treuepflichtbindung scheidet somit für den einzigen Gesellschafter aus.

2. Abbedungene Treuepflicht und Verzicht

Sodann wäre ein Abbedingen der Treuepflicht für einzelne Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss denkbar. Zwar wäre auch daran zu denken, eine solche abbedungene Treuepflicht schon im Rahmen der sachlichen konkreten Treuepflicht ausscheiden zu lassen. Soll die Treuepflicht jedoch nur partiell bzw. nur für einzelne Gesellschafter nicht gelten, ist davon auszugehen, dass dies keinen Einfluss auf die in der Gesellschaft grundsätzlich geltende Ausformung der Treuepflicht haben, der jeweilige Gesellschafter hieran lediglich nicht gebunden sein soll.²⁰⁴ Eine Treuepflichtbindung läge dann also (teilweise) nicht vor.

Verzichtet ein Gesellschafter im Vorfeld auf eine treuepflichtkonforme Behandlung, ist eine Treuepflichtbindung der anderen Gesellschafter für ebendiese Maßnahme ebenfalls nicht gegeben.²⁰⁵

3. Mangelnder Einfluss

An einer Treuepflichtbindung kann es auch dann fehlen, wenn der Gesellschafter keinen oder so gut wie keinen Einfluss auf die Gesellschaft hat. Eine fehlende Treuepflichtbindung mangels Einfluss ist denkbar und wird diskutiert, soweit es sich um eine kapitalistisch strukturierte Gesellschaft,

203 BGH, Urt. v. 14. Februar 2019 – Az.: IX ZR 149/16, BGHZ 221, 100 = NJW 2019, 1289 = ZIP 2019, 666 = NZG 2019, 624; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 146; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 47; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 107; *Seibt*, in: Scholz GmbHG, § 14 Rn. 74; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53a Rn. 51; *Altmeppen*, ZIP 2001, 1837, 1841 f.

204 Auf die umstrittenere Frage, ob die Treuepflicht vollständig abbedungen werden kann, soll im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden, vgl. hierzu ausführlich *Mann*, Abdingbarkeit der Treuepflicht; *Haunschild*, Die Abdingbarkeit der Treuepflicht im Gesellschaftsrecht; *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 150 ff.

205 *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 109a; *Pentz*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 38; bezüglich der Frage des pauschalen Verzichts ist ebenfalls auf die Diskussion um die Abdingbarkeit zu verweisen.

insbesondere um eine Publikumsgesellschaft handelt.²⁰⁶ Es liegt nahe, entsprechend dem Grundsatz, dass Rechtsmacht und Rechtspflicht Hand in Hand gehen, das grundsätzliche Bestehen gesteigerter Pflichtenbindungen in Form der Treuepflicht von der Einflussmöglichkeit des Gesellschafters abhängig zu machen.²⁰⁷ An eine fehlende Treuepflichtbindung wäre daher gerade bei Minderheits- bzw. Kleingesellschaftern zu denken. So fehlt es neben ihrer nur minimalen Beteiligung in horizontaler Ebene an einer Beziehung der Gesellschafter untereinander. Das Verhältnis der Gesellschafter reicht häufig bis hin zur vollständigen Anonymität. Im Hinblick auf die Gesellschaft stellt sich die Frage, ob einem rein kapitalistisch beteiligten Aktionär eine Mitwirkungspflicht auferlegt werden soll oder diesem nicht vielmehr zugestanden werden muss, lediglich seine Dividende zu beziehen und sich im Übrigen nicht um das Schicksal der Gesellschaft kümmern zu müssen.²⁰⁸

a. Wirkungsbezogene Treuepflicht

Nach dem von *Dreher* herausgearbeiteten Konzept der „wirkungsbezogenen Treuepflicht“ soll eine Treuepflichtbindung dann gegeben sein, wenn eine entsprechende Einwirkungsmöglichkeit auf die mitgliedschaftlichen Interessen der Mitgesellschafter besteht.²⁰⁹ Dies ist in erster Linie bei Mehrheitsaktionären der Fall, da diese, insbesondere durch Ausübung ihres Stimmrechts, Hauptversammlungsbeschlüsse herbeiführen können. Eine Einflussmöglichkeit nimmt *Dreher* aber auch für Inhaber von Sperr-

206 So etwa *Hueck*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 14, der eine Treuepflichtbindung in der AG grundsätzlich verneint; jedenfalls im horizontalen Verhältnis ablehnend RG, Urt. v. 21. September 1938 – Az.: II 183/37, RGZ 158, 248, 254.

207 Vgl. BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („*Girmes*“), BGHZ 129, 136, 148 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882; BGH, Urt. v. 1. Februar 1988 – Az.: II ZR 75/87 („*Linotype*“), BGHZ 103, 184, 194 = NJW 1988, 1579 = ZIP 1988, 301 = WM 1988, 325; BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („*JIT*“), BGHZ 65, 15, 18 f. = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 13. Januar 2009 – Az.: 5 U 183/07, NZG 2009, 222 = ZIP 2009, 271 = WM 2009, 309; *Lutter*, ZHR 1989, 446, 453; *Dreher*, ZHR 1993, 150, 156 ff.; allerdings ablehnend *Spindler*, in: MünchKommAktG, § 117 Rn. 77.

208 *Hueck*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 14 f.

209 *Dreher*, ZHR 1993, 150 ff.

minoritäten oder Koalitionsaktionäre an.²¹⁰ Eine relevante Einwirkungsmöglichkeit soll daher ebenfalls in den Fällen vorliegen, in denen die Rechtsmacht im Einzelfall genügt, um eine Maßnahme zu verhindern, und somit ein Gefahrenpotential gerade doch gegeben ist. Neben den genannten Beispielen ist dies etwa bei einstimmigen Beschlüssen oder im Hinblick auf sonstige Individualrechte, wie etwa das Anfechtungsrecht oder das Rederecht in der Hauptversammlung, der Fall.²¹¹ Nach dem Konzept der wirkungsbezogenen Treuepflicht sollen Gesellschafter, die über keine Einwirkungsmacht auf die mitgliedschaftlichen Interessen ihrer Mitgesellschafter verfügen, einer Treuepflichtbindung nicht unterfallen. Kleinaktionäre bzw. Kleingesellschafter träfe diese daher nur in Ausnahmefällen.

b. Inhaltsbezogene Treuepflicht

Diesem Ansatz wird das Konzept der „inhaltsbezogenen Treuepflicht“ entgegengehalten.²¹² Ausgangspunkt dieser Überlegung ist, dass es nicht auf ein Mehr oder Weniger an Pflichtenbindung des einzelnen Aktionärs ankomme, sondern allein ein inhaltlicher Maßstab maßgeblich sei. Dieser Auffassung nach spielt der Umfang der ausgeübten Rechtsmacht für das Bestehen einer Treuepflichtbindung gerade keine Rolle.²¹³ Im Hinblick auf die Stimmrechtsausübung liegt eine Treuepflichtverletzung beispielsweise dann vor, wenn der Inhalt des konkreten Beschlussgegenstandes ein bestimmtes Stimmverhalten zwingend erforderlich macht und ein abweichendes Stimmverhalten treuwidrig wäre, und zwar unabhängig von der jeweiligen Stimmmacht. Die bestehende Treuepflichtbindung träfe also

210 Vgl. ausführlich *Dreher*, ZHR 1993, 150, 156 ff.

211 *Wiedemann*, DB 1993, 141, 143; *Lutter*, JZ 1995, 1053, 1054; *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 53 Rn. 82; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 117 Rn. 77.

212 Wohl h. M., *Götze*, in: MünchKomm AktG, Vor 53a Rn. 26; *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53 Rn. 50; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 73; *Jannott/Hagemann*, in: Frodermann/Jannott Handbuch AktR, 2. Kapitel V. 3.3 Rn. 197; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 117 Rn. 77; *Henze*, BB 1996, 489, 496; *Lutter*, JZ 1995, 1053, 1054.

213 *Fleischer*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 53 Rn. 50; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 117 Rn. 77; *Lutter*, JZ 1995, 1053, 1054; *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 237.

alle Gesellschafter gleichermaßen, da die in Frage stehende Stimmrechtsausübung gegen die Treuepflicht verstoßen würde oder eben nicht.

c. Rechtsprechung

Die Rechtsprechung vertrat in der *Linotype*-Entscheidung noch, dass die Gesellschafterpflichten eines Kleinaktionärs in der Regel nicht von der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht bestimmt würden.²¹⁴ Allerdings gilt zu beachten, dass diese Aussage im Zusammenhang mit der erstmaligen Feststellung steht, dass eine Treuepflicht grundsätzlich auch zwischen Aktionären besteht.²¹⁵ Dem zustimmend führte das OLG Frankfurt a. M. jüngst in einer Entscheidung aus:

„[...] Treuebindungen bestehen auch zwischen den Aktionären [...]. Dass die Gesellschafterpflichten eines Kleinaktionärs in der Regel nicht von gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten bestimmt werden [...], befreit den Kleinaktionär nicht von besonderen Rücksichten bei der Erhebung einer aktienrechtlichen Anfechtungs- bzw. Nichtigkeitsklage. Der Kleinaktionär ist zur Treue gegenüber einem Großaktionär regelmäßig nicht angehalten, weil er ohnehin keinen ausreichenden Einfluss nehmen kann. Anders verhält es sich jedoch im Bereich der Hauptversammlungsklagen, denn hierfür spielt der Umfang des Aktienbesitzes keine Rolle. Der Kleinaktionär hat die Möglichkeit, gesellschaftsbezogenen Interessen der anderen Aktionäre, auch der Großaktionäre, zuwider zu handeln und diese trotz seines geringen Anteilsbesitzes wirtschaftlich zu beschädigen.“²¹⁶

Mit der *Girmes*-Entscheidung²¹⁷ ging der BGH noch einen Schritt weiter und entschied, dass auch den Minderheitsgesellschafter grundsätzlich eine Treuepflichtbindung treffe. Er ließ dabei allerdings offen, ob der von *Dre-*

214 BGH, Urt. v. 1. Februar 1988 – Az.: II ZR 75/87 („*Linotype*“), BGHZ 103, 184, 195 = NJW 1988, 1579 = ZIP 1988, 301 = WM 1988, 325, bestätigt in BGH, Urt. v. 22. Juni 1992 – Az.: II ZR 178/90, ZIP 1992, 1464, 1470 f. = DB 1992, 2284 = Die AG 1993, 28; zustimmend auch OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 13. Januar 2009 – Az.: 5 U 183/07, NZG 2009, 222, 223 = ZIP 2009, 271 = WM 2009, 309.

215 *Marsch-Barner*, ZHR 1993, 172, 174.

216 OLG Frankfurt a. M., Urt. v. 13. Januar 2009 – Az.: 5 U 183/07, NZG 2009, 222, 224 = ZIP 2009, 271 = WM 2009, 309.

217 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („*Girmes*“), BGHZ 129, 136 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882.

her entwickelten Ansicht der wirkungsbezogenen Treuepflicht zu folgen ist, entschied sich dann im Hinblick auf die Stimmrechtsausübung aber faktisch für die inhaltsbezogene Treuepflicht, wenn er weiter ausführt:

„Geht man davon aus, dass die Frage, ob den Aktionär bei der Stimmrechtsausübung eine Treuepflicht gegenüber den übrigen Aktionären trifft, nach dem Inhalt der jeweils in Betracht kommenden Pflicht, nicht aber nach dem Umfang der Pflichtenbindung zu entscheiden ist, ist die Treuepflichtbindung für die Aktionäre jeder der drei genannten Gruppen relevant, gleichgültig, ob die Voraussetzungen der Antrags- oder Sperrminorität zufällig eintreten oder aufgrund eines gemeinsamen Sachziels erreicht werden. Entscheidend ist danach – wie bei der Relevanz der Zufallsmehrheit – allein, ob die jeweilige Stimmrechtsausübung des einzelnen Aktionärs pflichtwidrig ist und die Zahl der pflichtwidrig abgegebenen Stimmen den Prozentsatz der für das Vorliegen einer Sperrminorität erforderlichen Stimmen ausmacht.“²¹⁸

d. Stellungnahme

Nach der wirkungsbezogenen Treuepflicht nach *Dreher* unterfallen Minderheitsgesellschafter grundsätzlich keiner Treuepflichtbindung. Dass dies im Einzelfall nicht gelten soll, nämlich insbesondere dann nicht, wenn dem Minderheitsgesellschafter situativ doch ein gewisser Einfluss zukommt, zeigt, dass eine pauschale Ablehnung der Treuepflicht für Minderheitsgesellschafter keinesfalls angenommen werden kann. Deutlich wird dies auch durch die einschlägige Rechtsprechung. Lässt das OLG Frankfurt a. M. zwar eine gewisse Tendenz zur wirkungsbezogenen Treuepflicht erkennen, macht es jedenfalls für den Bereich der Hauptversammlungsklage eine Ausnahme und geht davon aus, dass eine Treuepflicht des Kleinaktionärs nur „regelmäßig“ nicht bestehe. Keine Zweifel lässt jedenfalls der BGH, der in der *Girmes*-Entscheidung ausführt, dass auch den Minderheitsgesellschafter grundsätzlich eine Treuepflichtbindung treffe. Deshalb ist die Annahme einer fehlenden Treuepflichtbindung für Kleinaktionäre jedenfalls in dieser Pauschalität sowohl im vertikalen Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter als auch im horizontalen Verhältnis abzulehnen.

218 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („*Girmes*“), BGHZ 129, 136, 146 f. = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882.

Darüber hinaus ist, wie in der *Girmes*-Entscheidung angedeutet, der von *Dreher* vorgenommene Regel-Ausnahme-Grundsatz hinsichtlich der Treuepflichtbindung von Minderheitsaktionären umzukehren. Der BGH führte hierzu aus:

„Damit ist [...] die Beantwortung der Frage offengeblieben, ob die Treuepflicht über die Begrenzung der Mehrheitsherrschaft hinaus dem Aktionär allgemein Schranken bei der Ausübung seiner Mitgliedschafts-, insbesondere seiner Mitverwaltungs- und Kontrollrechte setzt. Das ist mit der nahezu einhellig im Schrifttum vertretenen Meinung grundsätzlich zu bejahen.“²¹⁹

Begrenzt nun die Treuepflicht nicht nur die Mehrheitsherrschaft, sondern legt dem Aktionär allgemein Schranken auf, so spricht dies für eine Treuepflichtbindung aller Gesellschafter, ungeachtet ihrer Stellung als Mehrheits- oder Minderheitsgesellschafter. Lediglich in gewissen Konstellationen mögen diese entfallen. Diese Treuepflichtbindung aller Gesellschafter rührt daher, dass die durch die Mitgliedschaft eingeräumten Rechte – wenn auch noch so geringe – Einflussmöglichkeiten begründen. Diese sind jenseits von Mitentscheidungsbefugnissen bei strukturändernden Beschlüssen und Eingriffen in Entscheidungsfindungsprozesse zumindest bei dem möglichen Zusammenwirken mit anderen Minderheitsaktionären, etwa durch Stimmbindungsverträge, und spätestens bei Individualrechten, wie dem Auskunfts- und Klagerecht, gegeben.²²⁰ Mag die Möglichkeit der Einflussnahme und der damit gegebenenfalls einhergehenden Treuepflichtbindung auch gegen „null“ gehen, so bleibt doch immer eine „Resttreuepflicht“ erhalten. Auch ein Minderheitsaktionär verpflichtet sich durch seine Mitgliedschaft zur Förderung der Gesellschaft und damit sachlogisch auch dazu, eine Schädigung der Gesellschaft zu unterlassen. Im horizontalen Verhältnis darf eine Anonymität ebenfalls nicht zum Freibrief für rücksichtsloses Verhalten werden. So darf ein Gesellschafter darauf vertrauen, dass die durch die gemeinsame Mitgliedschaft eingeräumte (wenn auch geringe) Einwirkungsmöglichkeit in eigene Rechts- bzw. Vermögenspositionen nicht willkürlich, obstruktiv und schädigend ausgeübt wird. Eine fehlende Treuepflichtbindung kann nicht allein deshalb angenommen werden, weil sich mangels Einflusses sein treuwidriges Verhalten im Ergebnis nicht auswirkt. Darüber hinaus darf – obgleich die Einwir-

219 BGH, Urt. v. 20. März 1995 – Az.: II ZR 205/94 („*Girmes*“), BGHZ 129, 136, 143 = NJW 1995, 1739 = ZIP 1995, 819 = WM 1995, 882.

220 *Guntz*, Treubindungen von Minderheitsaktionären, S. 160.

kungsmöglichkeit regelmäßig sehr gering sein wird – die Tatsache nicht übersehen werden, dass je geringer die eigene Beteiligung, desto größer der Anteil der Drittinteressen ist, auf deren Gestaltung der Gesellschafter Einfluss nehmen kann.²²¹

Dafür, dass eine Treuebindung nicht nur im Falle einer tatsächlichen Wirkung (wirkungsbezogen) gegeben sein kann, sprechen auch Aspekte der Rechtssicherheit. So wird es für den jeweiligen Gesellschafter schwerlich immer nachzuvollziehen sein, wann sein Handeln eine tatsächliche Wirkung aufweist oder nicht. Ob die jeweilige Handlung eine Wirkung hatte oder folgenlos blieb, ist im Rahmen der Rechtsfolge bzw. Kausalität zu berücksichtigen. Für die Frage, ob eine Treuepflichtbindung gegeben ist, kann es hierauf jedoch nicht ankommen.

Eine Treuepflichtbindung wird folglich im Großteil aller Fälle gegeben sein. Eine Ausnahme ist lediglich dann gegeben, wenn eine Einflussmöglichkeit im Hinblick auf eine Maßnahme bzw. ein Verhalten von vorneherein überhaupt nicht besteht oder schon gar nicht möglich ist. Mit steigender Einflussmöglichkeit kommt es dabei zu einer höheren quantitativen Treuepflichtbindung. So kann der Mehrheitsgesellschafter bei Ausübung seiner Kompetenzen im Vergleich zum Kleingesellschafter viel mehr Maßnahmen treffen, durch die die Interessen der Gesellschaft oder Mitgesellschafter treuwidrig beeinträchtigt werden.²²² Die Einflussmöglichkeit des Gesellschafters beeinflusst folglich den Umfang der Treuepflicht. Da der Handlungsspielraum des Kleingesellschafters gering ist, wird eine Treuepflichtbindung für ihn seltener zum Tragen kommen.²²³ Deutlich wird dies an folgendem Beispiel:

Gem. § 327a AktG kann ein Mehrheitsgesellschafter einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien, dem Aktien der Gesellschaft in Höhe von 95 Prozent des Grundkapitals gehören, die Übertragung der Aktien der übrigen Aktionäre gegen Barabfindung verlangen („Squeeze-Out“). Wie zuvor ausgeführt, stellt dies zwar eine Grenze der Treuepflicht dar, allerdings gilt es bei der Umsetzung, dennoch die Treuepflichten zu beachten. Diese Treuepflicht kann, da ein solcher Squeeze-out nur vom Mehrheitsaktionär vorgenommen werden kann, offensichtlich auch nur dem Mehrheitsgesellschafter zukommen.

221 *Cahn/v. Spannenberg*, in: Spindler/Stilz AktG, § 53a Rn. 44.

222 *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 66.

223 *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 74; so wohl auch *Spindler*, in: Münch-Komm AktG, § 117 Rn. 77.

Auch wenn, wie gezeigt, eine Treuepflicht nicht *per se* aufgrund einer Minderheitsbeteiligung ausscheidet, wird das Ausgeführte von dem Grundsatz gestützt, dass der Gesellschafter nicht mehr schuldet, als er versprochen hat. Demnach ist auch die persönliche konkrete Treuepflicht auf das tatsächlich Versprochene zu reduzieren.

III. Fazit

Anlehnend an den BGH ist von einem einheitlichen Rechtsinstitut auszugehen. Inhaltlich umfasst das Rechtsinstitut als allgemeine Treuepflicht sämtliche Fallgestaltungen, in denen eine Nichtbeachtung anerkenntenswerter Belange und Interessen der Gesellschaft oder der Mitgesellschafter sowie eine unterlassene Förderung des Gesellschaftszwecks nicht ausgeschlossen werden kann. Aus dieser allgemeinen Treuepflicht ist die konkrete Treuepflicht zu entwickeln, die den konkreten Gesellschafter in der konkreten Gesellschaft trifft. Der Treuepflicht kommt folglich grundsätzlich der gleiche Inhalt zu, jedoch ist der Umfang der Treuepflicht im Einzelfall einzugrenzen.²²⁴ Die konkrete Treuepflicht findet sowohl im konkreten Gesellschaftsvertrag als auch im geschriebenen Recht ihre Grenzen. Bezüglich des persönlichen Anwendungsbereichs trifft die Treuepflicht lediglich die Gesellschafter bzw. die Gesellschaft. Dritte, insbesondere Gläubiger, sind von der Treuepflicht weder geschützt noch durch sie verpflichtet. Mangelnder Einfluss führt entgegen teilweise vertretener Ansicht nicht zu einer Befreiung der Treuepflicht, der Ansatz der wirkungsbezogenen Treuepflicht ist abzulehnen. Fehlender Einfluss wird sich jedoch regelmäßig auf den Umfang der Treuepflicht auswirken, da aufgrund des geringeren Handlungsspielraums diese seltener zum Tragen kommen wird.

224 Im Ergebnis wie hier *Arnold*, in: MünchKomm BGB, § 38 Rn. 40; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 117 Rn. 77.