

Kapitel 2: Rechtsgrundlage

Mag in der Praxis aufgrund der allgemeinen Anerkennung der mitgliedschaftlichen Treuepflicht durch Literatur und ständige Rechtsprechung die Frage nach ihrer Rechtsgrundlage kaum eine Rolle spielen,⁵² so bedarf es für ein konsistentes Rechtsfolgenregime einer präzisen Rechtsgrundlage. Trotz schier uferloser Literatur herrscht in dieser Frage bis heute Uneinigkeit. Dabei krankt die Debatte an uneinheitlichen Terminen und unterschiedlichen Herangehensweisen. Aufgrund der scheinbar fehlenden Relevanz hat sich in den letzten 20 Jahren hieran nichts geändert.⁵³ Daher scheint es unverzichtbar, vorweg eine systematische und stichhaltige Einordnung der Rechtsgrundlage vorzunehmen und das hiesige Verständnis der Treuepflicht und die für besonders sinnhaft befundene Herangehensweise zu erläutern.

Unterschieden werden soll im Folgenden zwischen der rechtsfunktionellen Begründung, dem Anknüpfungs- oder Entstehungsgrund sowie der positiv-rechtlichen Grundlage der Treuepflicht. Die Frage um die rechtsfunktionelle Begründung der Treuepflicht behandelt im Kern das „Warum“ der Treuepflicht. Insbesondere die Rechtsprechung begründete eine Treuepflicht lange Zeit mit rechtsfunktionellen Argumenten. Es handelt sich hierbei jedoch um Aspekte rechtsethischer und rechtspolitischer Art, die eine Treuepflicht notwendig machen bzw. auf ein Bedürfnis hinweisen – eine Rechtspflicht zu begründen vermögen diese aus sich heraus jedoch nicht.⁵⁴ Genau so wenig kann das Rechtsverhältnis zwischen den jeweiligen Rechtssubjekten allein rekurren werden.⁵⁵ Zwar stellt das Bestehen eines Anknüpfungspunktes in Form einer solchen Sonderverbindung die

52 Lieder, DZWIR 2007, 292, 293; Mimberg, in: Marsch-Barner/Schäfer Hdb börsennotierte AG, § 36 Rn. 36.3.1; Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 13; Schubert, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 174; Wellenhofer-Klein, RabelsZ 2000, 564, 575; Theiselmann, GmbH-StB 2010, 43, 44; Pöschke, ZGR 2015, 550, 571.

53 So führt schon Nehls 1993 aus, dass in der Literatur Gesichtspunkte unterschiedlicher systematischer Einordnung nicht klar getrennt werden, Nehls, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 11.

54 Nehls, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 14 f.; Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 6 f.

55 So aber Fillmann, Treuepflichten der Aktionäre, S. 88 ff.

Voraussetzung für eine grundsätzliche Treuepflicht dar,⁵⁶ bei dem Heranziehen der rechtsfunktionellen Begründung oder der Sonderrechtsbeziehung als Herleitung einer Treuepflicht handelt es sich jedoch, wie *Freese* treffend feststellt, letztlich lediglich um einen juristischen Taschenspielertrick.⁵⁷ Vielmehr bedarf es für eine dogmatische Herleitung einer positiv-rechtlichen Grundlage, auf welche sich das Institut der Treuepflicht bauen lässt.

A. Entstehungsgrundlage

Anknüpfungspunkt respektive Entstehungsgrundlage⁵⁸ findet die Treuepflicht nach heute überwiegender Auffassung im Mitgliedschaftsverhältnis.⁵⁹ Dem BGH zufolge ist die Treuepflicht „Ausfluss der mitgliedschaftlichen Beteiligung“.⁶⁰ Die Mitgliedschaft selbst, als Gesamtheit der Rechte und Pflichten eines Gesellschafters, entspringt dem Gesellschaftsvertrag (Satzung) bzw. dem Beitrittsvertrag und dem Gesetz.⁶¹ Der Gesellschaftsvertrag begründet dabei das sowohl zur Abgrenzung von den deliktsrecht-

56 *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 15 f.; *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 271 f.

57 *Freese*, Die positive Treuepflicht, S. 91.

58 In der Literatur findet sich auch an dieser Stelle eine uneinheitliche Terminologie. Häufig ist hier auch von „Grundlage“ der Treuepflicht die Rede, vgl. *Habermeier*, in: *Staudinger*, § 705 Rn. 50; *Hadding/Kießling*, in: *Soergel BGB*, § 705 Rn. 58; *Schäfer*, in: *MünchKomm BGB*, § 705 Rn. 229 oder „Grund“ *Schäfer*, in: *Staub HGB*, § 105 Rn. 228; bzw. „Entstehungsgrund“ *Voigt*, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft, S. 172. In Abgrenzung zur positiv-gesetzlichen Rechtsgrundlage erscheint die Verwendung der Bezeichnungen „Anknüpfungspunkt“ oder „Entstehungsgrundlage“ jedoch sinnvoller.

59 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; *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 243; *Hüffer*, FS Steindorff, S. 68; *Voigt*, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft, S. 172 f.; *Weipert*, in: *MünchHdb GesR I*, 2. Auflage, § 6 Rn. 34; *Hofmann*, Minderheitsschutz im Gesellschaftsrecht, S. 32; *Schäfer*, in: *Staub HGB*, § 105 Rn. 228; *Wiedemann*, WM 2009, 1, 4; *Pentz*, in: *Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG*, § 13 Rn. 36; *Henze*, BB 1996, 489, 492; jedenfalls in der Voraufage noch *Michalski/Funke*, in: *Michalski GmbHG*, 2. Auflage, § 13 Rn. 136; *Seibt*, in: *Scholz GmbHG*, § 14 Rn. 71; *Rieckers*, in: *MünchHdb GesR IV*, § 17 Rn. 19; *Ziemers/Jaeger*, AG 1996, 358, 359; *Pöschke*, ZGR 2015, 550, 569.

60 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.

61 *Altmeppen*, in: *Roth/Altmeppen GmbHG*, § 14 Rn. 13; *Schäfer*, in: *MünchKomm BGB*, § 705 Rn. 185; *Fastrich*, in: *Baumbach/Hueck GmbHG*, § 14 Rn. 11; *Werten-*

lichen „Jedermannspflichten“ als auch zur Begründung gesteigerter Rücksichtspflichten⁶² notwendige Sonderrechtsverhältnis zwischen den Gesellschaftern zueinander und zur Gesellschaft⁶³ – der Gesellschaftsvertrag bzw. die Mitgliedschaft ist „Quelle mehrseitiger Sonderrechtsbeziehungen“.⁶⁴ Kann dies für Personengesellschaften aufgrund der Doppelnatürlichkeit des Personengesellschaftsvertrages als Schuld- und Organisationsvertrag ohne weiteres angenommen werden, gestaltet sich dies für Kapitalgesellschaften nicht so einfach.⁶⁵

I. Sonderrechtsverhältnis der Gesellschafter bei Kapitalgesellschaften

Das Sonderrechtsverhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft im Recht der Kapitalgesellschaften besteht aufgrund der Satzung, welche als Organisationsvertrag⁶⁶ der Gesellschaftsgründer „die rechtsgeschäftliche Basis für die Gesellschaft als Zurechnungsobjekt und zugleich für ihre Beziehung zu diesem Subjekt begründet“.⁶⁷

Durch diese eigene Rechtssubjektivität und die damit einhergehende Unabhängigkeit vom Bestand ihrer Mitglieder fällt die Annahme eines Sonderrechtsverhältnisses zwischen den Mitgliedern jedoch – obgleich

bruch, in: E/B/J/S HGB, § 105 Rn. 227; *Enzinger*, in: MünchKomm HGB, § 109 Rn. 27.

62 *Fillmann*, Treuepflichten der Aktionäre, S. 70.

63 *Beckerhoff*, Treuepflichten bei der Stimmrechtsausübung, S. 32; *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 242.

64 *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 553; *Voigt*, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft, S. 172 f. m. w. N.; *Schmidt*, in: MünchKomm HGB, § 105 Rn. 170, 189; *Hopt/Wiedemann*, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 20 f.; *Hofmann*, Minderheitsschutz im Gesellschaftsrecht, S. 32.

65 *Burgard*, ZIP 2002, 827, 831; *Hüffer*, FS Steindorff, S. 65 f.; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 552 f.; *Nodoushani*, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 34.

66 Zur Frage, ob die Satzung mit Inkrafttreten ihren Charakter des Organisationsvertrages verliert ausführlich *Hadding*, in: Soergel BGB, § 25 Rn. 11 ff.

67 *Hüffer*, FS Steindorff, S. 66; die Annahme dieses Sonderrechtsverhältnis kann wohl als unstrittig gelten, vgl. *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 242.

heute anerkannt⁶⁸ – schwerer.⁶⁹ Dies wird insbesondere deutlich, wenn man sich vor Augen führt, dass ein Austausch sämtlicher Mitglieder möglich wäre, ohne dass diese jemals Berührungs punkte gehabt hätten.⁷⁰ Die Mitgliedschaft wird durch den Erwerb eines Geschäftsanteils an der Gesellschaft, nicht jedoch durch Vertrag mit den Mitgesellschaftern begründet, wodurch auch nur ein Rechtsverhältnis zu dieser entstehen kann.⁷¹ Daher wurde im frühen Schrifttum jedenfalls bezüglich der Aktiengesellschaft ein Sonderrechtsverhältnis der Aktionäre untereinander stets abgelehnt.⁷² Ebendies war unter anderem Ursache für die erst spät erfolgte Erstreckung der Treuepflicht auf die Aktiengesellschaft.⁷³

Es darf jedoch nicht verkannt werden, dass das Verhältnis der Gesellschafter untereinander, mag es noch so lose und anonym sein, über ein rein zufälliges Nebeneinander verschiedener Individuen hinausgeht.⁷⁴ Um eine Sonderverbindung daher dennoch zu begründen, wurden verschiede-

68 Vgl. nur 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; Lutter, AcP 180 (1980), 84, 126 f.; Dreher, ZHR 1993, 150, 153; Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 67 ff.; Henrichs, AcP 195 (1995), 222, 242 ff.; Götze, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 21; Englisch, in: Hölters AktG, § 243 Rn. 36; Sutschet, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 15; Reichert/Weller, in: MünchKomm GmbHG, § 14 Rn. 47; Weller/Discher, in: Bork/Schäfer GmbHG, § 13 Rn. 7; Lutter, JZ 1976, 225; Schwab, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 243 Rn. 4; Wiedemann, JZ 1976, 392; Raiser, ZHR 1987, 422, 435; Hommelhoff/Freytag, DStR 1996, 1367, 1372; a. A. noch BGH, Urt. v. 27. Oktober 1955 – Az.: II ZR 310/53, BGHZ 18, 350, 365 = NJW 1955, 1919 = WM 1955, 1547 = BB 1955, 1038; als überflüssig erachtend Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 15.

69 Janke, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 35; Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 167; Dreber, ZHR 1993, 150, 151.

70 Janke, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 35.

71 Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 174; Reichert/Weller, in: MünchKomm GmbHG, § 14 Rn. 46.

72 Vgl. Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 14 ff.; Flume, Die juristische Person, S. 268 ff.; Flume, ZIP 1996, 161, 164; Hueck, in: Baumbach/Hueck AktG, § 1 Rn. 3; Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 14 f.; Bungeroth, in: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff AktG, Vor § 53a Rn. 22 ff.; Würdinger, Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen, S. 51 f.

73 Vgl. Raiser/Veil, Kapitalgesellschaften, S. 112.

74 OLG Hamm, Urt. v. 19. Juli 2018 – Az.: 27 U 14/17, NZG 2018, 1145, 1146 = ZIP 2019, 1620 (m. Anm.) = GmbHHR 2018, 1276; Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 21.

ne Lösungen, wie etwa das Bestehen einer schuldrechtlichen Nebenabrede neben dem Gesellschaftsvertrag, vorgeschlagen.⁷⁵

Bestehen konnte dieser Ansatz allerdings zu Recht nicht. Obgleich eine Nebenabrede grundsätzlich nicht ausgeschlossen ist, kann eine solche bei Nichtvorliegen nicht einfach fingiert werden.⁷⁶

Ein weiterer Ansatz zieht eine Parallele zum Rechtsinstitut des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte. Demnach soll der Mitgesellschafter in den Schutzbereich des Hauptverhältnisses des Gesellschafters zur Gesellschaft miteinbezogen und so eine Sonderverbindung begründet werden.⁷⁷ Wird man eine Vertragsnähe des Mitaktionärs noch bejahren können, stößt der Lösungsansatz bei der weiteren Voraussetzung – der Gläubigernähe – an seine Grenzen. So müsste der Gläubiger, hier die Gesellschaft, ein Interesse an der Einbeziehung des Dritten in den Vertrag haben. Angeführt wird hierbei, dass ein Interesse der Gesellschaft insofern besteht, als dass trotz der weitgehenden Verselbstständigung der Kapitalgesellschaften, diese letztlich ein Zusammenschluss von Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zweckes sei und ein solches nur unter Gewährleistung eines Minimums an Rücksichtnahme der Gesellschafter möglich wäre.⁷⁸ Da allerdings eine Einbeziehung in den Schutzbereich des Hauptverhältnisses keine weitergehenden Ansprüche als solche aus der Verletzung desselben begründen kann und die Interessen der Gesellschaft und Gesellschafter sich häufig diametral gegenüberstehen können,⁷⁹ kann auch dieser Ansatz nicht überzeugen.

Heute wohl herrschende Meinung dürfte letztlich der Ansatz sein, der für die Begründung einer Sonderverbindung die erhöhte Einwirkungsmöglichkeit in den Rechtskreis des Mitgesellschafters heranzieht.⁸⁰ So sol-

75 Hoffmann, GmbHR 1963, 61, 63; einen völlig anderen Weg geht indes der deliktsrechtliche Ansatz von Mertens, der eine Rückführung sonderprivatrechtlicher Haftungsbestände ins Deliktsrecht fordert, vgl. Mertens, AcP 178 (1978), 227, 243 f., 249, 253; zum Ganzen ausführlich und mit kritischer Würdigung Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 43 ff.

76 Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 170 f.; Weber, Vormitgliedschaftliche Treubindungen, S. 116 ff.; Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 46 ff.

77 Nebls, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 62 ff.

78 Nebls, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 63.

79 So etwa im Fall einer Kapitalerhöhung unter Bezugsrechtsausschluss, vgl. hierzu ausführlich Nodoushani, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 105 f.

80 BGH, Urt. v. 1. Februar 1988 – Az.: II ZR 75/87 („Linotype“), BGHZ 103, 184, 194, 195 = NJW 1988, 1579 = ZIP 1988, 301 = WM 1988, 325; Hennrichs, AcP

len die Gesellschafter über die Befugnis bzw. Möglichkeit, Entscheidungen im Hinblick auf innergesellschaftliche Angelegenheiten mit Wirkung auch für Mitgesellschafter zu treffen, verfügen. Dies könnte die Annahme einer über ein deliktsrechtliches Rechtsverhältnis hinausgehende Sonderverbindung rechtfertigen.⁸¹ Eine rein faktische Einwirkungsmöglichkeit könnte hingegen als Begründung einer Sonderverbindung aber nur schwer überzeugen – hätte dies doch schier unlösbare Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung zur Folge.⁸²

II. Stellungnahme

Als „Mindesttatbestand“ einer Sonderverbindung muss ein gewisses „Miteinander“, also eine Überschneidung der beteiligten Rechtskreise, vorliegen.⁸³ In Abgrenzung zum rein „sozialen Kontakt“ bzw. deliktsrechtlichen Nebeneinander muss daher eine willentliche, gegenseitige und qualifizierte Eröffnung der Einwirkungsmöglichkeit gegeben sein. Voraussetzung für eine qualifizierte Eröffnung ist dabei das Vorliegen eines rechtsgeschäftlichen Moments, zumindest jedoch eines gemeinsam verfolgten Ziels.⁸⁴ Während bei der Beteiligung an der Gesellschaftsgründung ein rechtsgeschäftliches Moment im Gründungsvertrag zwischen den Gesellschaftern

195 (1995), 222, 238 ff.; *Schwab*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 243 Rn. 4; *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 68 ff.; *Nodoushani*, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 102 ff.; *Voigt*, Haf tung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft, S. 172 ff.; *Janke*, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 36; *Beckerhoff*, Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung, S. 36 ff.; *Fillmann*, Treuepflichten der Aktionäre, S. 89 ff.; wohl auch *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 126 f.; *Immenga*, Die personalistische Kapitalgesellschaft, S. 274; *Kern*, Treuepflicht im Insolvenzverfahren, S. 85.

81 So z.B. *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 238 f.

82 *Beckerhoff*, Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung, S. 38; *Picker*, AcP (1983), 369, 413.

83 *Frost*, Schutzpflichten, S. 56.

84 *Frost*, Schutzpflichten, S. 57 ff.; gleiches zeigt auch ein Vergleich zur *culpa in contrahendo*, bei der gem. § 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB neben der Einwirkungsmöglichkeit eine Vertragsanbahnung gefordert ist; für eine Sonderverbindung i. R. d. § 242 BGB wird von der wohl h. M. ein „qualifizierter sozialer Kontakt“, so *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 89; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 10; oder gar „irgendwelche Rechtsbeziehungen“ als ausreichend angesehen, so *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 14.

gesehen werden kann,⁸⁵ stellt sich diese Frage besonders im Falle der nachträglichen Anteilsübertragung.

Ein rechtsgeschäftliches Moment setzt allerdings keine unmittelbare rechtsgeschäftliche Kontaktaufnahme voraus.⁸⁶ Ein mittelbarer Kontakt liegt aber insofern vor, als dass mit Erwerb der Mitgliedschaft konkludent in die diese tragende Satzung eingewilligt und somit den Mitaktionären durch Rechtsgeschäft mit der Gesellschaft die Einwirkungsmöglichkeit eröffnet wird.⁸⁷ Durch die Einwilligung in die Satzung verleiht der Gesellschafter den Mitgesellschaftern die Möglichkeit, in seinen Rechtskreis einzuwirken, und erhält gleichzeitig dieselbe Möglichkeit der Einwirkung in den Rechtskreis der Mitgesellschafter.

Hinzu kommt die gemeinsame Stoß- bzw. Zielrichtung in Form der Verfolgung des gemeinsamen Zwecks, der Förderung der Gesellschaft. Mit Eintritt in die Mitgliedschaft verpflichten sich die Gesellschafter, die Zwecke der Gesellschaft zu fördern. Durch dieses Element der gemeinsamen Förderung und der Einräumung von Rechtsmacht durch die Eröffnung der Einwirkungsmöglichkeit stehen die Rechtskreise der Gesellschafter nicht mehr länger neutral und unverbunden nebeneinander, sondern überschneiden sich.⁸⁸

Dass ein Rechtsverhältnis keiner expliziten schuldvertraglichen Grundlage bedarf, um als Sonderverbindung auf Grundlage einer erhöhten Einwirkungsmöglichkeit qualifiziert zu werden, zeigt darüber hinaus das Institut der *culpa in contrahendo*, welches dem BGH zufolge seinen Geltingsgrund darin sieht, dass sich die Parteien im Rahmen der Vertragsverhandlung „in den Einzugsbereich des anderen Teiles begeben [haben] und damit redlicherweise auf eine gesteigerte Sorgfalt [...] vertrauen [können]“.⁸⁹ Daher wurde zur Begründung einer Sonderverbindung immer

85 Nodoushani, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 107.

86 Vgl. Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 70; dies muss umso mehr gelten, wenn heute schon „irgendwelche Rechtsbeziehungen“ oder ein „qualifizierter sozialer Kontakt“ als ausreichend angesehen werden (vgl. Fn. 84).

87 Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 70; Nodoushani, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 108; ablehnend Nehls, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 61 f.

88 So im Ergebnis Voigt, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft, S. 174 f.; Beckerhoff, Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung, S. 38.

89 BGH, Urt. v. 28. Januar 1976 – Az.: VIII ZR 246/74, BGHZ 66, 51, 54 = NJW 1976, 712 = WM 1976, 427 = BB 1976, 482; vgl. Lutter, AcP 180 (1980), 84, 126 f.; Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 70.

wieder auf das Institut der *culpa in contrahendo* zurückgegriffen⁹⁰ und teilweise die Treuepflicht gar als Fall der *culpa in contrahendo* gesehen.⁹¹ Problematisch bei dieser Parallelziehung ist allerdings, dass der Grundgedanke der *culpa in contrahendo* der des Vertrauens ist.⁹² Ein solches Vertrauen zwischen – im Extremfall – zwei sich unbekannten Gesellschaftern einer Publikumsgesellschaft anzunehmen erscheint angesichts der Anonymität höchst fragwürdig.⁹³ Ein solches Vertrauen kommt, insbesondere bei personalistisch ausgestalteten Gesellschaften, allerdings insofern in Betracht, als dass die eben beschriebene Eröffnung der Einwirkungsmöglichkeit unter dem Vertrauen erfolgt, dass die Mitgesellschafter verantwortungsvoll mit ihren diesbezüglichen Machtbefugnissen umgehen werden und die versprochene Förderung ebenfalls bezweckt und nicht durch schädigendes Verhalten konterkariert wird.⁹⁴ Fraglich ist allerdings, ob dieses als „besonderes“ Vertrauen gewertet, schlechthin für eine Sonderverbindung ausreichen kann.⁹⁵ Dies alles kann jedoch insofern dahinstehen, als dass eine Sonderverbindung kraft Mitgliedschaft besteht und gerade nicht ihren Entstehungsgrund in der *culpa in contrahendo* findet.⁹⁶ Obgleich ein solches Vertrauen zwar regelmäßig gegeben sein wird, steht dies hinter den zuvor genannten Entstehungsgründen der Sonderverbindung und ist daher – wenn überhaupt – nur mittelbar von Relevanz.

B. Rechtsfunktionelle Begründung und Ziel der Treuepflicht

Lange Zeit stand demnach die persönliche Verbundenheit der Gesellschafter bzw. ebendieses der Verbundenheit zugrunde liegende Vertrauensverhältnis als dogmatisches Fundament der Treuepflicht und alleiniger Be-

90 Lutter, AcP 180 (1980), 84, 127; Janke, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 36.

91 Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 70 f.

92 Emmerich, in: MünchKomm BGB, § 311 Rn. 40 f.; jedenfalls noch in der Vorauflage Kindl, in: Erman BGB, 14. Aufl., § 311 Rn. 15.

93 Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 182 ff.; Beckerhoff, Treupflichten bei der Stimmrechtsausübung, S. 36 ff.

94 Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 341 f.; vgl. auch Zwissler, Treuegebot, S. 30.

95 Deshalb ablehnend Wimmer-Leonhardt, Konzernhaftungsrecht, S. 183; Zöllner, Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht, S. 341 f. hingegen verneint ein persönliches Vertrauen, geht aber von einer Eröffnung der Einwirkungsmöglichkeit unter der Prämisse des „Vertrauen[s] auf ein entsprechendes sachliches Wohlverhalten“ aus.

96 Voigt, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft, S. 174.

gründungsansatz im Raum.⁹⁷ Mit Blick auf größere oder gar Publikums-gesellschaften sowie dem Bedürfnis einer Treuepflicht auch für Kapitalge-sellschaften konnte ein Vertrauensverhältnis als Begründung allein nicht lange überzeugen. Ein Vertrauensverhältnis ist in anonymen Publikumsge-sellschaften – wenn überhaupt – nur abstrakt vorstellbar.⁹⁸ Zunehmend abgelöst oder jedenfalls überlagert wurde dieser Ansatz von dem Gedan-ken der Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung.⁹⁹ Durch die Einwirkungsmöglichkeit der Gesellschafter auf die Gesellschaft bzw. die Interessen und Rechtspositionen der Mitgesellschafter bedürfe es eines regulativen Ausgleichs.¹⁰⁰ Sowohl der Gedanke des Vertrauensverhältnis-ses als auch der Gedanke der Korrelation von Rechtsmacht und Verant-wortung stellen letztlich beide Antworten auf die Frage dar, weshalb es einer Treuepflicht bedarf.¹⁰¹ Beide Ansätze vermögen gemeinsam mit der Förderpflicht das der Mitgliedschaft zugrunde liegende Sonderverhältnis zu begründen. Als dogmatische Grundlage für das gesamte Institut der Treuepflicht können sie mangels positiv-rechtlicher Manifestation jedoch nicht überzeugen. Stattdessen kommen sie vielmehr als rechtsfunktionelle Begründungen einer Treuepflicht in Betracht.

Die entscheidende Problematik hinter dem Bedürfnis nach einer Treue-pflicht liegt zunächst darin, dass der Gesellschaftsvertrag bzw. das mit-gliedschaftliche Rechtsverhältnis es nicht vermögen, alle Eventualitäten vorneweg zu regeln, anders gesagt „nach vorne offen“¹⁰² sind und es

97 Hueck, in: FS Hübner, S. 72 f.; Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 18 f.; Ulmer, in: Staub HGB, 3. Aufl., § 105 Rn. 31a; wohl auch Fischer, NJW 1954, 777; vgl. Nehls, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 6 ff; zumindest auf das Gemeinschaftsverhältnis abststellend Kort, ZIP 1990, 294, 295.

98 Merkt, FS Bergmann, S. 520; Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 8; „anonymer Zuschnitt der AG [ist] nur schwer mit persönlicher Rück-sichtnahme auf Mitgesellschafter in Einklang zu bringen“ Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 14.

99 BGH, Urt. v. 5. Juni 1975 – Az.: II ZR 12/74 („ITT“), BGHZ 65, 15, 18 f. = NJW 1976, 191 = WM 1975, 1152 = BB 1975, 1450; 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; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 588; Nehls, Treue-pflicht im Aktienrecht, S. 17; Nodoushani, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 32 f.; Lutter, ZHR 1989, 446, 455; zumindest für den Mehrheitsgesellschafter Wiedemann, JZ 1989, 443, 448; Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 8.

100 Hüffer, FS Steindorff, S. 74; Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 14.

101 So wohl auch Wellenhofer-Klein, RabelsZ 2000, 564, 573.

102 Lutter, AcP 180 (1980), 84, 92.

folglich einer Lückenfüllungsregel bedarf.¹⁰³ Der Funktion als Lückenfüllungsregelung bedarf es insbesondere im Hinblick darauf, dass die individuellen Interessen der Gesellschafter einander bzw. dem Interesse der Gesellschaft selbst häufig entgegenlaufen. Problematisch ist dies insbesondere in Bezug auf die aus der Mitgliedschaft resultierende bzw. die Sonderverbindung begründende Rechtsmacht einerseits und die Förderung der Gesellschaft andererseits. Um ebendiese Förderung trotz der etwaig einander widerlaufenden Interessen sicherzustellen, besteht ein Bedürfnis nach einer Treuepflicht in der Ausprägung einer Förderpflicht. Gleichermaßen besteht mit der Einräumung von Rechtsmacht stets die Gefahr, dass damit lediglich eigene Interessen durchgesetzt werden, Interessen der Gesellschaft und Mitgesellschafter übergegangen oder Rechtsmacht gar missbräuchlich eingesetzt wird. Letztgenannte Problematik ist keine originär gesellschaftsrechtliche. Vielmehr stellt die Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung ein allgemeines Rechtsprinzip dar.¹⁰⁴ Insbesondere mit Blick auf das Gesellschafterverhältnis und den notwendigen Interessenausgleich ist daher ein Bedürfnis nach einer Ausprägung der Treuepflicht in Form einer Rücksichtnahmepflicht unabdingbar. Aufgrund der zwangswise Unvollständigkeit des Gesellschaftsvertrages sind Minderheitsgesellschafter der Gefahr ausgesetzt, dass die Gesellschaftermehrheit sie früher oder später auf die eine oder andere Weise benachteiligen, und umgekehrt die Mehrheitsgesellschafter darauf angewiesen, dass sich Minderheitsgesellschafter möglicherweise notwendigen Anpassungen des Gesellschaftsvertrages nicht entgegenstellen.¹⁰⁵

Soweit daneben auch auf das Vertrauen als rechtfunktionelle Begründung abgestellt wird,¹⁰⁶ gilt das für die Entstehungsgrundlage Gesagte entsprechend. Es besteht grundsätzlich ein zu schützendes Vertrauensverhältnis, wobei selbstredend die Bedeutung des Vertrauensverhältnisses mit abnehmender personalistischer Ausgestaltung einer Gesellschaft schwin-

103 Verse, in: Hessler/Strohn GesR, § 14 Rn. 73; Cahn, FS Wiese, S. 76; Burkhard, Die Konzerneingangskontrolle in der abhängigen Gesellschaft, S. 53; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, 198 f.; Hofmann, Minderheitsschutz im Gesellschaftsrecht, S. 27; Raiser/Veil, Kapitalgesellschaften, § 38 Rn. 34; Bachmann/Eidenmüller/Engert u. a., Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, S. 49; Fleischer, ZGR 2001, 1, 4 f.; Lettl, AcP 202 (2002), 3, 4.

104 Hennrichs, AcP 195 (1995), 222, 239.

105 Bachmann/Eidenmüller/Engert u. a., Rechtsregeln für die geschlossene Kapitalgesellschaft, S. 49.

106 Infofern spricht Hüffer, FS Steindorff, S. 75 auch von einem „Doppelzweck“ der Treuepflicht; Nonn, Zustimmungspflichten des Kapitalgesellschafters, S. 25.

det, obgleich auch nicht gänzlich verschwindet. Zutreffend ist, dass ein Vertrauensverhältnis bei Publikumsgesellschaften nur abstrakt denkbar ist, jedoch führt auch schon der „Austausch abstrakt-typisierten Vertrauens“ zur freiwilligen Exposition eigener Rechtsgüter und Interessen in der Gesellschaft.¹⁰⁷ Hinter der Einräumung von Einwirkungsmacht und der Bindung bzw. Verpflichtung zu einem Dauerschuldverhältnis steht letztlich immer auch ein Vertrauensmoment, dass der andere sich nicht rücksichtslos verhält und sich (ebenfalls) nicht gesellschaftsschädigend verhalten wird, bildlich gesprochen „die Marschrichtung“ grundsätzlich dieselbe ist. Vielmehr besteht ein Vertrauensmoment, dass der Mitgesellschafter ebenfalls Interesse am Florieren der Gesellschaft hat und dieses bezweckt. Das Vertrauen erstreckt sich im Extremfall wenigstens auf den gem. § 705 BGB im Gesellschaftsvertrag versprochenen Beitrag, kann aber abhängig von verschiedenen Faktoren, wie der Gesellschaftsform, Realstruktur, Art und Umfang der Beteiligung deutlich darüber hinausgehen. Dabei wird deutlich, dass das zu schützende Vertrauensverhältnis letztlich hinter den anderen beiden Begründungsansätzen steht und in diesen aufgeht. Ein Vertrauen, welches sich weder auf die Förderung der Gesellschaft noch in einer erhöhten Einwirkungsmöglichkeit niederschlägt bzw. in keinem Zusammenhang hiermit steht, ist jedoch von der Treuepflicht nicht mehr gedeckt. Hier kann gegebenenfalls auf allgemeine Grundsätze zurückgegriffen werden.

Das übergeordnete Ziel der Treuepflicht ist der Interessenausgleich, der sich insbesondere in der Entstehungsgrundlage manifestiert und Bedeutung erlangt. Dem Interessenausgleich kommt die Aufgabe zu, das Spannungsverhältnis zwischen den privatautonomen, individuellen Interessen der Gesellschafter untereinander und zuvorderst dem gemeinsamen Gesellschaftszweck aufzulösen.¹⁰⁸ Mit den Worten von *Fleischer* ist die Treuepflicht „ein solches fokales oder richtunggebendes Prinzip, aus dem sich die Entscheidungsregeln zur Bewältigung noch unbekannter Konfliktlagen ableiten lassen“.¹⁰⁹ Eingewendet werden könnte an dieser Stelle, dass ebendiese Funktion mittels Auslegung des Gesellschaftsvertrages bzw. ergänzender Auslegung zu lösen sei. So ist der Gesellschaftsvertrag immerhin nach den Grundsätzen der allgemeinen Vertragsauslegung gem.

107 *Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, S. 234.

108 *Flume*, Personengesellschaften, 257 ff.; *Schöne*, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 102; *Merkt*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 88.

109 *Fleischer*, ZGR 2001, 1, 5.

§§ 133, 157 BGB zu interpretieren.¹¹⁰ Im Falle einer Regelungslücke im Gesellschaftsvertrag ist diese durch Ermittlung des hypothetischen Gesellschafterwillens im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung zu schließen.¹¹¹ Die Treuepflicht beginnt jedoch dort, wo die (ergänzende) Vertragsauslegung aufhört. Mithilfe der Treuepflicht findet ein Interessenausgleich statt, der mit dem Instrumentarium der Vertragsauslegung nicht mehr zu lösen ist. Sogar bei der Vertragsauslegung selbst kommt die Treuepflicht zum Einsatz,¹¹² wobei noch zu zeigen sein wird, dass auch die Auslegung des Gesellschaftsvertrags über den konkreten Umfang der Treuepflicht entscheidet.

Zusammengefasst ergibt sich die rechtsfunktionelle Begründung der Treuepflicht zunächst aus dem übergeordneten Ziel des Interessenausgleichs aufgrund der zwangswise „Offenheit“ des Gesellschaftsverhältnisses und der daraus folgenden Sicherstellung der Förderung der Gesellschaft und dem Korrelationsgedanken von Rechtsmacht und Verantwortung.¹¹³

-
- 110 Zu beachten gilt es jedoch, dass nach h. M. der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft subjektiv, der Gesellschaftsvertrag der Kapitalgesellschaften bzw. Gesellschaften, welche auf wechselnden Mitgliederbestand angelegt sind (Publikumsgesellschaften), jedoch objektiv auszulegen ist, vgl. Schöne, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 70.
- 111 Schöne, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 72; Schäfer, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 178; Wertenbruch, in: E/B/J/S HGB, § 105 Rn. 103; zur ergänzenden Vertragsauslegung ausführlich Busche, in: MünchKomm BGB, § 157 Rn. 26 ff.; hierbei besteht auch ein Vorrang der ergänzenden Vertragsauslegung vor dem Rückgriff auf dispositives Gesetzesrecht, BGH, Urt. v. 20. September 1993 – Az.: II ZR 104/92, BGHZ 123, 281 = NJW 1993, 2193, 2194 = ZGR 1995, 134 = WM 1993, 2008; BGH, Urt. v. 21. Oktober 1985 – Az.: II ZR 57/85, NJW-RR 1986, 256 = ZIP 1986, 91 (m. Anm.) = BB 1986, 421; BGH, Urt. v. 23. November 1978 – Az.: II ZR 20/78, NJW 1979, 1705, 1706 = BB 1979, 287 = GmbHHR 1979, 138.
- 112 Hessler, in: Hessler/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 HGB, § 105 Rn. 101; Schäfer, in: Staub HGB, § 105 Rn. 193 f.; Schlitt/Maier-Reinhardt, in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 13.
- 113 Vgl. auch ausführlich Wilhelm, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, S. 232 ff., der allerdings das Vertrauensverhältnis und den Korrelationsgedanken als rechtsfunktionelle Begründung versteht; im Ergebnis wohl auch Cahn, FS Wiese, S. 79; ähnlich auch K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 588, der als dritte rechtsfunktionelle Begründung das mitgliedschaftliche Gemeinschaftsverhältnis heranzieht.

C. Positiv-rechtliche Grundlage

Ausgehend von der Mitgliedschaft als „Quelle mehrseitiger Sonderrechtsbeziehungen“¹¹⁴ gilt es, weiter nach der positiv-rechtlichen Grundlage der mitgliedschaftlichen Treuepflicht zu suchen. Diese findet sich, wie gezeigt, entgegen häufiger Annahme, weder in der Mitgliedschaft selbst, welche als Entstehungsgrundlage dient, noch folgt diese aus dem Vertrauensverhältnis bzw. der Korrelation von Rechtsmacht und Verantwortung.

Teilweise wird die positiv-rechtliche Grundlage der Treuepflicht aus der aus § 705 BGB folgenden verbandsübergreifenden Förderpflicht hergeleitet.¹¹⁵ Nach anderer Auffassung wird die mitgliedschaftliche Treuepflicht auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB zurückgeführt.¹¹⁶ Manche Stimmen wiederum verstehen die Treuepflicht als eine auf richterlicher Rechtsfortbildung beruhende Generalklausel, deren Grundlage in verschiedenen Einzelnormen zu finden sei.¹¹⁷

¹¹⁴ Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 553; Voigt, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft, S. 172 f. m. w. N.; Schmidt, in: MünchKomm HGB, § 105 Rn. 170, 189; Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 20 f.; Hofmann, Minderheitsschutz im Gesellschaftsrecht, S. 32.

¹¹⁵ Lutter, AcP 180 (1980), 84, 102 ff.; Maul, in: Gehlein/Ekkenga/Simon GmbHG, § 13 Rn. 36; Timm, WM 1991, 481, 482; auf den Gesellschaftsvertrag abstellend Lettl, AcP 202 (2002), 3, 13 ff.; Roth, in: Baumbach/Hopt HGB, § 109 Rn. 23; Drygala, in: KK-AktG, § 53a Rn. 82; Marsch-Barner, ZHR 1993, 172, 173; wohl auch Ziometers/Jaeger, AG 1996, 358, 359.

¹¹⁶ BGH, Urt. v. 27. Juni 1988 – Az.: II ZR 143/87, NJW 1989, 166, 167 = ZIP 1988, 1117 (m. Anm.) = GmbHR 1988, 386; OLG München, Urt. v. 28. Juni 2008 – Az.: 7 U 3004/08, NZG 2009, 25, 26 = DStR 2008, 2500; Schöne, in: BeckOK BGB, § 705 Rn. 101; Neumann, ZIP 2016, 1753, 1755; Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 587 f.; Westermann, in: Erman BGB, § 705 Rn. 49; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen GmbHG, § 13 Rn. 31; Haas, in: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas HGB, § 109 Rn. 12; Burgard, ZIP 2002, 827, 834 f.; für Mitglieder untereinander wohl auch Schwab, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 243 Rn. 4; Wellenhofer-Klein, RabelsZ 2000, 564, 575; Pöschke, ZGR 2015, 550, 570 f.; Rieder, ZGR 2009, 981, 986; als Unterfall der allgemeinen Rücksichtnahme und Loyalitätspflicht nach § 242 BGB Henrichs, AcP 195 (1995), 222, 228 ff.; Schmiedel, ZHR 1970, 173, 182 nach welchem die Treuepflicht neben § 242 BGB jedoch sogar überflüssig sein soll; Häsemeyer, ZHR 1996, 109, 113, der aber eine Ableitung aus § 705 BGB für „ebensogut“ hält.

¹¹⁷ Hopt/Wiedemann, in: GroßKomm AktG, Anh § 53a Rn. 19; Merkt, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 95; Götz, in: MünchKomm AktG, Vor § 53a Rn. 22; Koch, in: Hüffer/Koch AktG, § 53a Rn. 15; Rieckers, in: MünchHdb GesR IV, § 17 Rn. 19; Schäfer, in: Staub HGB, § 105 Rn. 228; Mimberg, Marsch-Barner/Schäfer Hdb börsennotierte AG, § 36 Rn. 36.2.8; Michalski/Funke, in: Michalski

I. Einordnung als Leistungs- oder Nebenpflicht, § 241 BGB

Bevor eine positiv-rechtliche Grundlage gefunden werden kann, erscheint es dienlich, zunächst die Frage zu klären, wie die Treuepflicht in die bestehende Systematik des BGB einzuordnen ist, um was für eine Pflicht es sich mithin handelt. Das BGB unterscheidet in § 241 BGB zwischen sog. Leistungspflichten, § 241 Abs. 1 BGB, und sog. Neben-, Rücksichtnahmepflichten bzw. Schutzpflichten, § 241 Abs. 2 BGB.¹¹⁸ Von entscheidender Bedeutung ist die Unterscheidung nach Leistungs- und Schutzpflichten insbesondere hinsichtlich der Rechtsfolgenseite und der Möglichkeit der klageweise Geltendmachung.¹¹⁹ Dennoch vermag die Klagbarkeit kein taugliches Unterscheidungsmerkmal darzustellen, da auch Nebenpflichten teilweise einklagbar sind.¹²⁰ Eine Abgrenzung fällt daher regelmäßig schwer. Nicht zuletzt auch aus dem Grund, dass Vertragsparteien auch Schutzpflichten als Leistungspflichten vereinbaren und Schuldverhältnisse sogar vollständig auf den Schutz des Integritätsinteresses ausgerichtet sein können.¹²¹

Grundsätzlich beruhen die Schutz- bzw. Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB darauf, dass die Beteiligten sich innerhalb einer Sonderverbindung der Einwirkungsmöglichkeit des jeweils anderen Teiles aussetzen und daraus die Pflicht erwächst, bei der Durchführung des Schuldverhältnisses Schädigungen des anderen Teiles zu vermeiden, ohne dabei einen Leistungsanspruch zu bewirken.¹²² Geschützt werden soll also das Integritätsinteresse.¹²³

Die Leistungspflichten hingegen bezeichnen den Schutz des Leistungsinnteresse.¹²⁴ Die Leistungspflichten nach Abs. 1 unterteilen sich wiederum

GmbHG, 2. Auflage, § 13 Rn. 140; *Janke*, Gesellschaftsrechtliche Treuepflicht, S. 53; *Hüffer*, FS Steindorff, S. 68 ff., 72 f.; *Heidrich/Steinicke*, SanB 2020, 44, 46; *Kern*, Treuepflicht im Insolvenzverfahren, S. 105 ff.

118 Vgl. nur *Toussaint*, in: jurisPK-BGB, § 241 Rn. 35 ff.; zur Uneinheitlichkeit der Terminologie *Olzen*, in: *Staudinger*, § 241 Rn. 144 ff.

119 *Olzen*, in: *Staudinger*, § 241 Rn. 157.

120 *Bachmann*, in: MünchKomm BGB, § 241 Rn. 62; *Olzen*, in: *Staudinger*, § 241 Rn. 158 f.

121 *Martens*, in: *Erman* BGB, § 242 Rn. 23; *Toussaint*, in: jurisPK-BGB, § 241 Rn. 39; *Schulze*, in: *Schulze* BGB, § 241 Rn. 4.

122 Vgl. nur *Schulze*, in: *Schulze* BGB, § 241 Rn. 4.

123 *Olzen*, in: *Staudinger*, § 241 Rn. 162; *Martens*, in: *Erman* BGB, § 242 Rn. 14; *Toussaint*, in: jurisPK-BGB, § 241 Rn. 39; *Schulze*, in: *Schulze* BGB, § 241 Rn. 4; *Sutschet*, in: *BeckOK* BGB, § 241 Rn. 42.

124 *Olzen*, in: *Staudinger*, § 241 Rn. 162; *Sutschet*, in: *BeckOK* BGB, § 241 Rn. 42.

in Hauptleistungs- und Nebenleistungspflichten.¹²⁵ Hauptleistungspflichten sind jene Pflichten, die einem Schuldverhältnis das charakteristische Gepräge geben und bei vertraglichen Verbindlichkeiten von den Parteien als *essentialia negotii* im Vertrag selbst festzulegen sind oder aufgrund eines Gesetzes entstehen.¹²⁶ Nebenleistungspflichten sollen der Vorbereitung, Unterstützung, Sicherung und vollständigen Erfüllung der Hauptleistung dienen.¹²⁷ Die praktische Bedeutung der Unterscheidung ist dabei jedoch gering.¹²⁸

Von Teilen der Literatur wird die Treuepflicht als Nebenpflicht verstanden.¹²⁹ So würde die Treuepflicht neben die Hauptleistungspflicht treten und die im Gesellschaftsvertrag übernommene Förderpflicht des Gesellschafters flankierend sichern.¹³⁰ Da es sich nicht um Leistungspflichten gem. § 241 Abs. 1 BGB handele, seien die Treuepflichten mangels dritter Pflichtenkategorie im deutschen Recht den Rücksichtspflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB zuzuordnen.¹³¹

Die wohl h. M. hingegen geht davon aus, dass es sich bei der Treuepflicht um eine Hauptpflicht handelt.¹³² Dieser Auffassung ist auch zuzustimmen. Zuzugestehen ist, dass die Ausprägung der Treuepflicht in Form der Rücksichtnahmepflicht für die Einordnung als Nebenpflicht spricht. Dem entgegen steht jedoch, dass die Treuepflicht darüber hinaus maßgeblich auch auf die Förderung der Gesellschaft abzielt. Geschützt ist folglich nicht nur das Integritätsinteresse. Einer solchen Einordnung steht nicht im Wege, dass sich die Treuepflicht in der Praxis häufig nicht

125 Olzen, in: Staudinger, § 241 Rn. 144; Martens, in: Erman BGB, § 242 Rn. 9 ff.; Mansel, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 9 f.; Bachmann, in: MünchKomm BGB, § 241 Rn. 29 ff.

126 Vgl. nur Bachmann, in: MünchKomm BGB, § 241 Rn. 29; Olzen, in: Staudinger, § 241 Rn. 146.

127 Mansel, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 9; Sutschet, in: BeckOK BGB, § 241 Rn. 14.

128 Bachmann, in: MünchKomm BGB, § 241 Rn. 30.

129 Finkenauer, in: MünchKomm BGB, § 313 Rn. 176; Dreher, DStR 1993, 1632, 1634; Froning, in: Sudhoff, Unternehmensnachfolge, § 39 Rn. 26; wohl auch Fastrich, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 20.

130 Weller, GS Winter, 755, 763 ff.

131 Weller, GS Winter, 755, 765.

132 Schubert, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 174; Geibel, in: BeckOGK BGB, § 706 Rn. 69; Lohr, in: Gosch/Schwedhelm/Spiegelberger, GmbH-Beratung, Gesellschafter; Bayer, in: Lutter/Hommelhoff GmbHG, § 14 Rn. 29; Schlitt/Maier-Reinhardt, in: Reichert GmbH & Co. KG, § 26 Rn. 2; Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 15; Lutter, AcP 180 (1980), 84, 117; Lutter, ZHR 1998, 164, 167; Zinger, ZGR 2017, 196, 202; Szalai, DStR 2008, 358, 359; Limmer, ZIP 1993, 412, 413.

ausdrücklich im Vertrag wiederfinden wird. Einer solchen vertraglichen Fixierung bedarf es schon nicht. So ist die Treuepflicht auch ohne eine solche Regelung im Gesellschaftsvertrag jedem Gesellschaftsverhältnis immanent.¹³³ Aufgrund der überragenden Bedeutung der Treuepflicht für das Gesellschaftsverhältnis geht die Treuepflicht als typische Pflicht über den Rang einer Nebenpflicht hinaus und prägt das Rechtsverhältnis.¹³⁴ Die Treuepflicht ist daher, obgleich ihr teilweise der Charakter einer Nebenpflicht zukommen mag, als Leistungspflicht einzuordnen. Selbst für den Fall, dass man die unter die Treuepflicht fallenden Einzelpflichten als Nebenpflichten kategorisieren möchte, ist die Treuepflicht als eine jedem Gesellschaftsvertrag immanente Regelung durch die Gesellschafter zur Leistungspflicht erhoben. Ob es sich im Rahmen der Leistungspflichten nach § 241 Abs. 1 BGB letztlich um eine Hauptleistungs- oder Nebenleistungspflicht handelt, bedarf mangels Auswirkung keiner grundsätzlichen Klärung.

II. § 705 BGB

Die gesellschaftsrechtliche Förderpflicht ist gem. § 705 BGB konstitutives Merkmal einer Gesellschaft und damit Voraussetzung für ihr Bestehen.¹³⁵ Bei näherer Betrachtung der Literatur im Hinblick auf die Förderpflicht im Verhältnis zur Treuepflicht wird ein höchst uneinheitlicher und diffuser Umgang mit derselben augenfällig. Teilweise wird die Förderpflicht als dogmatische Grundlage für die Treuepflicht gewählt,¹³⁶ teilweise wird beides gleichgesetzt¹³⁷ oder die Treuepflicht als Teil der Förderpflicht gesehen.¹³⁸

§ 705 BGB stellt nach überwiegender Ansicht eine Grundnorm des Gesellschaftsrechts dar, deren Rechtsgedanke rechtsformübergreifend An-

133 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-Strpr 2016, 189; BGH, Versäumnisurt. v. 22. Januar 2019 – Az.: II ZR 143/17, NZG 2019, 702 = ZIP 2019, 1008 = WM 2019, 923.

134 Schubert, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 174.

135 Statt aller Habermeier, in: Staudinger, § 705 Rn. 19.

136 Servatius, in: Hessler/Strohn GesR, § 705 Rn. 41; Marsch-Barner, ZHR 1993, 172, 173.

137 Lutter, AcP 180 (1980), 84, 104; vgl. Flume, Personengesellschaften, S. 261.

138 So wohl Fleischer, ZGR 2001, 1, 4.

wendung findet.¹³⁹ Hiernach ist der Gesellschafter zunächst verpflichtet, die vereinbarten oder normierten Beiträge zu leisten. Daneben soll § 705 BGB zusätzlich ein allgemeines Fördergebot, aus dem sich eine Vielzahl an ungeschriebenen Förderpflichten ergeben, umfassen.¹⁴⁰

Stellt nun aber die Förderpflicht einen rechtsformübergreifenden Rechtsgedanken dar, der gleichzeitig diverse ungeschriebene Pflichten umfasst, stellt sich die Frage, ob es einer Treuepflicht überhaupt bedarf bzw. ob diese nicht doch mit der Förderpflicht gleichzusetzen ist.¹⁴¹ Nach einer weitverbreiteten Definition der Treuepflicht ist jeder Gesellschafter verpflichtet, den gemeinsamen Zweck zu fördern und damit die Belange der Gesellschaft zu wahren und diese nicht durch rücksichtslose Verfolgung eigener Interessen zu schädigen.¹⁴² So genommen scheint es unausweichlich, der Kritik von Flume zuzustimmen, der hierin lediglich eine Paraphrase des § 705 BGB sieht.¹⁴³ Eine Gleichsetzung der Treuepflicht mit der Förderpflicht aus § 705 BGB geht jedoch aus mehreren Gründen fehl. Während die Treuepflicht erst durch die Mitgliedschaft entstehen kann bzw. in dieser wurzelt,¹⁴⁴ ist die Übernahme der Pflicht zur Förderung des gemeinsamen Zwecks *essentialis societatis*, also konstitutiv für die Annahme eines Gesellschaftsvertrages und nicht erst die Rechtsfolge eines solchen.¹⁴⁵ Hieraus folgt, dass eine Disposition über die Förderpflicht als solche nicht möglich ist, während dies jedenfalls im Hinblick auf die Treuepflicht,

139 *Burgard*, ZIP 2002, 827, 833; *Lutter*, AcP 180 (1980), 84, 102 f.; *Schwab*, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 243 Rn. 4; *Raiser*, in: GroßKomm GmbHG, § 14 Rn. 77; *Ivens*, GmbHR 1988, 249, 256; *Ziemons/Jaeger*, AG 1996, 358, 359; *Nodoushani*, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 80; ausführlich *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 36 ff.; *Hölzle*, ZIP 2004, 1729, 1734; *Marsch-Barner*, ZHR 1993, 172, 173. ablehnend *Martens*, Mehrheits- und Konzernherrschaft, S. 120.

140 *Ivens*, GmbHR 1988, 249.

141 *Flume*, Personengesellschaften, S. 261.

142 BGH, Urt. v. 17. Mai 1988 – Az.: VI ZR 233/87, NJW 1989, 26, 27 = MDR 1988, 947 = BeckRS 2008, 15005; *Michalski*, NZG 1998, 460; *Hueck*, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, S. 15.

143 *Flume*, Personengesellschaften, S. 261.

144 Vgl. Kapitel 2 A, insbesondere Fn. 59.

145 *Geibel*, in: BeckOGK BGB, § 705 Rn. 169; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 157; *Stürner*, in: Jauernig BGB, § 705 Rn. 1; *Habermeier*, in: Staudinger, § 705 Rn. 17; *Sauter*, in: BeckHdb PersG, § 2 Rn. 33; *Möhrle*, in: MünchHdb GesR I, § 5 Rn. 38; *Ring/Grzuwotz*, in: Ring/Grzuwotz Systematischer Praxiskommentar Personengesellschaftsrecht, § 705 Rn. 8; *Burgard*, ZIP 2002, 827, 834; so auch BFH, Urt. v. 24. Mai 1984 – Az.: IV R 142/80.

zumindest teilweise, möglich sein soll. Eine gänzliche Überschneidung ist daher schon aus diesem Grunde nicht denkbar.

Sowohl gegen eine Gleichsetzung der Treuepflicht mit der Förderpflicht als auch gegen eine ausschließliche Herleitung der Treupflicht aus der Förderpflicht spricht jedoch die Tatsache, dass sich verschiedene, allgemein anerkannte Ausprägungen der Treuepflicht nicht mit der Förderpflicht erfassen lassen. Die Förderpflicht als Rechtsgrundlage für die Treuepflicht stößt schon dort an ihre Grenzen, wenn es um die allgemein anerkannte Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern geht. Da sich die Förderpflicht auf den Gesellschaftszweck bezieht, besteht diese zwar gegenüber der Gesellschaft, nicht jedoch gegenüber den Gesellschaftern.¹⁴⁶ Es kommt den Gesellschaftern folglich gerade keine Pflicht zu, die Interessen der Mitgesellschafter zu fördern, auch nicht deren gesellschaftsbezogenen, sondern erstreckt sich lediglich auf die Pflicht zur Rücksichtnahme.¹⁴⁷ Eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf Belange der Mitgesellschafter, die durchaus mit dem Gesellschaftszweck konfigurieren können, lässt sich § 705 BGB nicht entnehmen.¹⁴⁸ Würden Entscheidungen getroffen, die das Gesellschaftsinteresse zwar voll wahren, jedoch zeitgleich in schutzwürdige Interessen eines Mitgesellschafters eingreifen, wäre ein Treuepflichtverstoß in diesem Falle kaum begründbar.¹⁴⁹ Hinzu kommt, dass eine Pflicht zur Gesellschaftsvertragsänderung sich mit der Förderpflicht aus § 705 BGB nur schwerlich begründen ließe.¹⁵⁰ Auch eine umgekehrt-vertikale Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber dem Gesellschafter lässt sich hiermit nicht begründen.¹⁵¹

146 *Burgard*, ZIP 2002, 827, 834 f.; *Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 62 f.

147 *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 222; wohl auch *Westermann*, in: Erman BGB, § 705 Rn. 52; *Burgard*, ZIP 2002, 827, 833 f.; im Ergebnis BGH, Urt. v. 19. November – Az.: II ZR 150/12, NJW 2014, 1107, 1109 = NZG 2014, 385 = WM 2014, 560; 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; *Born*, in: E/B/J/S HGB, § 109 Rn. 20; *Servatius*, in: Henssler/Strohn GesR, § 705 Rn. 41; *Gesell*, in: BeckHdb PersG, § 4 Rn. 155; *Maul*, in: BeckHdb AG, § 4 Rn. 81.

148 *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, S. 177; *Hüffer*, FS Steindorff, S. 70; *Nodoushani*, Die Treuepflicht der Aktionäre und ihrer Stimmrechtsvertreter, S. 81.

149 *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 38.

150 *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 705 Rn. 229; *Sester*, Treupflichtverletzung, S. 59.

151 *Wilhelm*, Dritterstreckung im Gesellschaftsrecht, S. 243.

Besteht nun zwar die Förderpflicht gegenüber der Gesellschaft, nicht jedoch gegenüber den Gesellschaftern, vermag die Förderpflicht als alleinige Grundlage für die nach ganz h. M. schließlich auch horizontal wirkende Treuepflicht nicht auszureichen.¹⁵² Hieran ändert auch nichts, dass § 705 BGB als speziell gesellschaftsrechtliche Norm im Verhältnis zu § 242 BGB den sachenäheren Anknüpfungspunkt für eine Treuepflicht darstellt und sich als Grundlage geradezu aufzudrängen scheint.¹⁵³

III. § 242 BGB

Wie dargelegt, besteht in allen Rechtsformen sowohl zwischen Gesellschaft und Gesellschaftern als auch unter diesen selbst eine Sonderverbindung. Wie jedes andere Sonderrechtsverhältnis unterliegt auch dieses grundsätzlich den allgemeinen Rücksichtnahme- und Loyalitätspflichten. Versteht man mit Teilen des Schrifttums die Treuepflicht lediglich als gesteigerte Rücksichtnahmepflicht bzw. als Unterfall derselben, liegt eine Herleitung aus § 242 BGB auf der Hand.¹⁵⁴ Anderorts wird die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht als eine „Verdichtung“¹⁵⁵ oder eine besondere Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben verstanden.¹⁵⁶

Der Vorteil von § 242 BGB als Grundlage der Treuepflicht wäre im Gegensatz zur Herleitung aus der Förderpflicht die Miterfassung der horizontalen Gesellschaftsbeziehungen. Der Grundsatz von Treu und Glauben verlangt – gleich der Treuepflicht – eine Abwägung zwischen den anerkannten Interessen der an einem Rechtsverhältnis beteiligten Personen sowie eine Auflösung etwaiger Interessenskonflikte im Falle einer Kollision.¹⁵⁷ Die Norm enthält keinen Rechtssatz mit deskriptiven Tatbe-

152 *Burgard*, ZIP 2002, 827, 834.

153 *Winter*, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 14; *Hüffer*, FS Steindorff, S. 71 f.

154 So insbesondere *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 229.

155 *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 19.

156 *Westermann*, in: *Erman BGB*, § 705 Rn. 49.

157 BGH, Urt. v. 23. Januar 2019 – Az.: XII ZR 71/18, NJW 2019, 848, 850 = MDR 2019, 424 = BeckRS 2019, 1433; BGH, Beschluss v. 8. Juli 2015 – Az.: XII ZB 56/14, BGHZ 206, 177, 193; NJW 2015, 2655 = MDR 2015, 947; BGH, Urt. v. 7. Mai 1997 – Az.: IV ZR 179/96, BGHZ 135, 333, 337 = NJW 1997, 2519 = NJZA 1997, 827; BGH, Urt. v. 22. Dezember 1967 – Az.: V ZR 11/67, BGHZ 49, 153 = NJW 1968, 549 = WM 1968, 228; *Schubert*, in: *MünchKomm BGB*,

standsmerkmalen, aus dem bestimmte Rechtsfolgen durch Subsumtion abgeleitet werden können, sondern bedarf wie jede Generalklausel der Konkretisierung.¹⁵⁸ Häufig bemüht wird die Treuepflicht insbesondere in Konstellationen, in denen mit gesetzlichen Normen ein unbilliges Ergebnis erreicht wird. In der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik werden solche Billigkeitsaspekte hauptsächlich § 242 BGB überantwortet.¹⁵⁹ Es liegt daher nahe, die Treuepflicht als Ausprägung dieser zu verstehen.

Problematisch erscheint jedoch auch hier die Frage, ob eine Verpflichtung zur Gesellschaftsvertrags- bzw. Satzungsänderung durch eine aus § 242 BGB hergeleitete Treuepflicht überhaupt möglich wäre. So würde durch die Änderung gerade die von § 242 BGB vorausgesetzte Sonderverbindung selbst verändert werden.¹⁶⁰ Gegen die Herleitung aus § 242 BGB wird von Teilen der Literatur weiter ins Feld geführt, dass diese schon deshalb nicht als Rechtsgrundlage tauge, da es sich bei der Treuepflicht um eine Hauptpflicht handele und mit einem allgemeinen rechtsethischen Prinzip, das die Art und Weise der Leistungserbringung regele, keine Hauptpflicht begründet werden könne.¹⁶¹ Außerdem würde das Bemühen der Generalklausel des § 242 BGB als Rechtsgrundlage für die Treuepflicht diese überdehnen und wäre durch Auslegung und fallweise Konkretisierung dem Gesetz allein nicht mehr zu entnehmen.¹⁶² Die Treuepflicht gehe deutlich über die gewöhnliche Ausprägung von Treu und Glauben hinaus.¹⁶³

§ 242 Rn. 46; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 4; a. A. aber wohl *Kähler*, in: BeckOGK BGB, § 242 Rn. 1, 231 ff.

158 *Pfeiffer*, in: jurisPK-BGB, § 242 Rn. 10; *Böttcher*, in: Erman BGB, § 242 Rn. 2; *Schulze*, in: Schulze BGB, § 242 Rn. 1; *Sutschet*, in: BeckOK BGB, § 242 Rn. 1; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 3; *Loosholders/Olzen*, in: Staudinger, § 242 Rn. 122.

159 Vgl. BGH, Urt. v. 29. Juni 1989 – Az.: IX ZR 175/88, BGHZ 108, 179 = NJW 1989, 2530 = ZIP 1989, 1044 (m. Anm.) = BB 1989, 1508; *Hippeli*, GmbHR 2016, 1257; *Mansel*, in: Jauernig BGB, § 242 Rn. 2; zur Gefahr der Billigkeitsjustiz aber *Schubert*, in: MünchKomm BGB, § 242 Rn. 29.

160 *Hüffer*, FS Steindorff, S. 71.

161 *Stimpel*, Richterliche Rechtsfortbildung, S. 18; *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, S. 181 f.; nach *Pfeiffer*, in: jurisPK-BGB, § 242 Rn. 36, soll jedoch eine Begründung von Hauptpflichten nicht schlechthin ausgeschlossen sein, sondern ausnahmsweise in Betracht kommen.

162 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 241; *Wimmer-Leonhardt*, Konzernhaftungsrecht, S. 181.

163 *Lieder*, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 135; *Wilhelmi*, in: BeckOK GmbHG, § 13 Rn. 182; *Fastrich*, in: Baumbach/Hueck GmbHG, § 13 Rn. 20.

IV. Stellungnahme

Festzuhalten bleibt, dass weder § 705 BGB noch § 242 BGB als alleinige positiv-rechtliche Grundlage überzeugen kann. Obgleich § 242 BGB als Grundlage attraktiv und „unverkrampft“¹⁶⁴ erscheint, kann die Flexibilität der Generalklausel nicht kompensieren, dass diese als Grundlage für das gesamte Institut der Treuepflicht deutlich überdehnt wird und im Wege der Auslegung und fallweisen Konkretisierung dem Gesetz nicht mehr entnommen werden kann. Gleches muss auch für § 705 BGB gelten. Wenngleich § 705 BGB eine Grundnorm des gesamten Gesellschaftsrechts darstellt, lässt sich hier ebenso wenig eine umfassende Treuepflicht durch Auslegung gewinnen. Im Ergebnis erscheint es daher am vorzugswürdigsten, die Treuepflicht sowohl auf die Förderpflicht aus § 705 BGB als auch auf das Rücksichtnahmegerbot aus § 242 BGB zu stützen.¹⁶⁵ Die Pflicht zur Rücksichtnahme gegenüber den Mitgesellschaftern aufgrund der eröffneten Einwirkungsmöglichkeit kann so aus § 242 BGB, die Förderungspflicht der Gesellschaft selbst gegenüber aus § 705 BGB hergeleitet werden. Auf diese zwei Säulen gestützt läge die Annahme nahe, die Treuepflicht sei damit im Grunde nichts Neues, sondern letztlich ein Schlagwort, unter dem die Pflichten aus § 705 BGB und § 242 BGB zusammengefasst werden.¹⁶⁶ Es griffe aber zu kurz, die Treuepflicht lediglich als Sammelbegriff¹⁶⁷ oder gar als reine Wortspielerei zu begreifen. Die Treuepflicht in ihrer heutigen Gestalt und Fülle lediglich als Ausprägung des Grundsatzes von Treu und Glauben oder der Zweckförderungspflicht nach § 705 BGB zu verstehen fällt schwer. Auch eine Trennung in faktisch zwei Treuepflichten mit jeweils getrennten Grundlagen bringt erhebliche Bedenken mit sich. Eine solche Zweiteilung würde zwar über die jeweiligen Erklärungsdefizite der einzelnen Ansätze helfen, allerdings spiegelt diese Zerstückelung weder die Realität wider noch befriedigt sie das Bedürfnis nach einer einheitlichen Rechtsfigur. Nicht zuletzt würde ein solches Verständnis im Detail zu schwierigen Abgrenzungsproblemen führen, wenn eine dogmatisch saubere Lösung einer konkreten Fallgestaltung erlangt werden soll. Näher liegt es, den *cumulus* aus Förderpflicht und Rücksichtnahmepflicht

164 Hennrichs, AcP 195 (1995), 222, 233.

165 Vgl. Sester, Treupflichtverletzung, S. 60 ff.; Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 36; Schwab, in: K. Schmidt/Lutter AktG, § 243 Rn. 4; Nehls, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 20 f.; Lieder, in: Michalski GmbHG, § 13 Rn. 135; Gesell, in: BeckHdb PersG, § 4 Rn. 155.

166 Vgl. Pentz, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff GmbHG, § 13 Rn. 36.

167 Winter, Mitgliedschaftliche Treubindungen im GmbH-Recht, S. 13.

vielmehr als ein zur eigenständigen Rechtsfigur der „gesellschaftlichen Treuepflicht“ entwickeltes Rechtsinstitut zu begreifen. Nur so gelingt es, ein tragfähiges Fundament für sämtliche Ausprägungen und überdies eine solide Grundlage für das Ziel der Treuepflicht zu schaffen und dies zu ermöglichen.

Diesem Ansatz gefolgt, bleibt allerdings im Besonderen das beiden Ansätzen immanente Problem um die Begründung einer Vertragsänderung erhalten. Dem kann zwar entgegnet werden, dass vor Einführung des § 313 BGB die Vertragsanpassung wegen Wegfalls oder wesentlicher Änderung der Geschäftsgrundlage aus § 242 BGB hergeleitet wurde.¹⁶⁸ Da auch hier eine Änderung des Vertrages, der die Sonderverbindung begründet, erfolgt, erscheint dies jedenfalls keine „unüberwindbare Schwierigkeit“ darzustellen.¹⁶⁹ Allerdings erscheint dies dennoch nicht unproblematisch. Eine reine Symbiose beider Ansätze vermag die beiden innewohnende Schwäche nicht vollständig zu beseitigen. Tatsächlich muss die Treuepflicht als eine aus dieser zweigeteilten Rechtsgrundlage durch richterliche Rechtsfortbildung geborene, neue Rechtsfigur der „gesellschaftlichen Treuepflicht“ verstanden werden.¹⁷⁰ Eine solche, sowohl in § 242 BGB als auch § 705 BGB wurzelnde, richterliche Rechtsfortbildung vermag dogmatisch die rechtsfunktionelle Begründung zu stützen. So lässt sich mit der „Wurzel“ in dem Grundsatz von Treu und Glauben und dem damit einhergehenden Rücksichtnahmegebot die Funktion der Rücksichtnahme, mit der „Wurzel“ des § 705 BGB hingegen die Förderung begründen. Als Rechtsfortbildung bleibt die Treuepflicht aber nicht an die jeweilige Norm gebunden, sondern vermag als eigenständiges Rechtsinstitut flexibel dem Ziel des Interessenausgleichs gerecht zu werden.

D. Fazit

Nach hiesigem, vorzugswürdigem Verständnis sollte zwischen Entstehungsgrundlage, rechtsfunktioneller Begründung und positiv-rechtlicher Grundlage der Treuepflicht unterschieden werden.

168 Vgl. nur ausführlich *Finkenauer*, in: MünchKomm BGB, § 313 Rn. 20 ff.

169 *Hennrichs*, AcP 195 (1995), 222, 233.

170 Vgl. *Sester*, Treupflichtverletzung, S. 60 f.; im Ergebnis *Merk*, in: MünchKomm GmbHG, § 13 Rn. 95; *Michalski/Funke*, in: Michalski GmbHG, 2. Auflage, § 13 Rn. 140; zur Frage inwiefern der strengrechtliche Charakter des AktG der Entwicklung einer Treuepflicht als Generalklausel entgegensteht ausführlich *Nehls*, Treuepflicht im Aktienrecht, S. 39 ff.

Die Entstehungsgrundlage stellt, wie gezeigt, die Mitgliedschaft – genauer, der Gesellschaftsvertrag bzw. die Satzung – dar. Die Mitgliedschaft begründet eine Sonderrechtsbeziehung, welche sich mit der (eingeräumten) erhöhten Einwirkungsmöglichkeit in den Rechtskreis des Mitgesellschafters sowie der gemeinsamen Zielrichtung in Form der Verfolgung des gemeinsamen Zwecks begründet.

Demgegenüber beantwortet die rechtsfunktionelle Begründung die Frage nach dem Bedürfnis der Treuepflicht. Dies ergibt sich zuvörderst aus der Tatsache, dass es nicht möglich ist, alle Eventualitäten vorneweg zu regeln, und es folglich einer Lückenfüllungsregel bedarf, um ein funktionierendes gesellschaftsrechtliches Miteinander zu ermöglichen. Ziel der Treuepflicht stellt daher primär der Interessenausgleich zwischen den privatautonomen, individuellen Interessen der Gesellschafter untereinander und dem gemeinsamen Gesellschaftszweck dar. Hieraus folgend ergeben sich, entsprechend und ausgehend von der Entstehungsgrundlage, die weiteren rechtsfunktionellen Begründungsansätze in der Notwendigkeit der Sicherstellung der Förderung der Gesellschaft und dem Korrelationsgedanken von Rechtsmacht und Verantwortung bzw. dem damit einhergehenden Bedürfnis nach Rücksichtnahme.

Vermag all das zwar für eine dogmatische Herleitung der Treuepflicht nicht ausreichen, stellt die Entstehungsgrundlage jedoch gerade Voraussetzung für die positiv-rechtliche Grundlage bzw. die Anwendung des § 242 BGB dar. Allerdings kann § 242 BGB als alleinige positiv-rechtliche Grundlage ebenso wenig überzeugen wie § 705 BGB. Vielmehr ist die Wurzel der Treuepflicht kumulativ in beiden Normen zu finden, aus welchen sich im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung die Treuepflicht in ihrer heutigen Form gebildet hat. Als richterrechtlicher Generalklausel bleibt die Treuepflicht dabei jedoch nicht an die Förderpflicht aus § 705 BGB oder das Rücksichtnahmegerbot des § 242 BGB gebunden, sondern ist als eigenständiges Rechtsinstitut entsprechend anzuwenden.