

## Rechtsprechung zu Teil 2.1

### Zu Folie 6:

BGHZ 26, 330, 333:

#### Aus den Gründen:

Das Berufungsgericht befasst sich zunächst mit der Frage, ob die Beklagte dadurch Kommanditistin der Klägerin geworden ist, dass ihr persönlich haftender Gesellschafter die bei dem Notar ausgelegte Vereinbarung über den Eintritt neuer Kommanditisten unterzeichnet hat.

Dabei geht das Berufungsgericht mit Recht davon aus, dass die Vertretungsbefugnis des persönlich haftenden Gesellschafters Sch. nicht dadurch auch mit Wirkung nach außen beschränkt worden ist, dass er im Gesellschaftsvertrag insoweit an die Mitwirkung eines Prokuristen bzw. an die Zustimmung der Kommanditisten gebunden wurde. Eine solche Beschränkung steht mit den Grundsätzen der Vertretung einer Personalhandelsgesellschaft durch ihre persönlich haftenden Gesellschafter in Widerspruch. Zwar lässt § 125 Abs. 3 Satz 1 HGB bei einer Personalhandelsgesellschaft auch eine sog. unechte Gesamtvertretung unter Hinzuziehung eines Prokuristen zu. Das kommt aber nur dann in Betracht, wenn eine Gesamtvertretung mehrerer persönlich haftender Gesellschafter vorgesehen ist; die sog. unechte Gesamtvertretung dient also nur der Erleichterung einer ohnehin bestehenden Gesamtvertretung mehrerer Gesellschafter und ändert nichts an dem Grundsatz, dass in einer Personalhandelsgesellschaft stets eine Vertretung allein durch die persönlich haftenden Gesellschafter, durch einen oder durch mehrere, möglich sein muss. Dem entspricht es, dass in der Rechtsprechung (KG JW 1939, 424; aM OLG München JFG 16, 65) und im Schrifttum fast allgemein (Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft S. 180; Weipert, HGB-RGRK § 125 Anm. 16 m. w. Nachw.) der Standpunkt vertreten wird, dass die Vertretungsbefugnis des allein vertretungsberechtigten Gesellschafters nicht dadurch nach außen beschränkt werden kann, dass er an die Mitwirkung eines Prokuristen gebunden wird.

### Zu Folie 7:

BGH, ZIP 2002, 396

#### Leitsätze:

1. Bei der vollständigen und der teilweisen Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters handelt es sich um verschiedene Streitgegenstände. Deshalb ist eine Teilentziehung durch das Gericht nur auf einen entsprechenden Antrag des Klägers zulässig. (Leitsatz des Gerichts)

2. Ein wichtiger Grund für die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis kann beispielsweise dann vorliegen, wenn gegen den erklärten Willen eines weiteren Komplementärs Angestellter gekündigt wird, ohne dass hierfür sachliche Gründe vorliegen. (Leitsatz der Redaktion)

#### Tatbestand:

Die Parteien streiten darüber, ob dem Beklagten zu 1) die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der K. G. KG (im Folgenden: KG) wirksam entzogen worden ist.

Der Beklagte zu 1) ist der Bruder, die Beklagte zu 2) die Mutter der Klägerin. Die Klägerin und der Beklagte zu 1) sind persönlich haftende Gesellschafter der KG mit einem Anteil von jeweils

36 500 DM, die Beklagte zu 2) ist die einzige Kommanditistin mit einem Anteil von 27 000 DM. Gesellschaftszweck der KG ist der Betrieb einer Tennisanlage in Ke., welcher zunächst von K. G., dem geschiedenen Ehemann der Beklagten zu 2) und Vater der Klägerin und des Beklagten

(ZIP 2002, 397)

zu 1), aufgebaut und bis zum 31. Dezember 1983 als Einzelfirma betrieben wurde. Nach dem Tod von K. G. am 12. Februar 1996 traten die Klägerin und der Beklagte zu 1) als seine Erben in seine Komplementärstellung je zur Hälfte ein. Die Beklagte zu 2) übernahm die Stellung einer Kommanditistin. Die Klägerin und der Beklagte zu 1) leiteten die Kommanditgesellschaft anfangs ohne erhebliche Schwierigkeiten. Im Laufe der Zeit kam es jedoch zunehmend zu Auseinandersetzungen.

Die Klägerin hat nunmehr beantragt, dem Beklagten zu 1) die Befugnis zu entziehen, die Geschäfte der KG zu führen und diese zu vertreten; gleichzeitig hat sie begehrt, die Beklagte zu 2) zu verurteilen, der Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht des Beklagten zu 1) in der KG zuzustimmen. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Oberlandesgericht das Ersturteil abgeändert. Es hat dem Beklagten zu 1) die Befugnis, die Geschäfte der KG allein zu führen und diese Gesellschaft allein zu vertreten, entzogen. Gleichzeitig hat es die Beklagte zu 2) dazu verurteilt, der Entziehung der Alleingeschäftsführungsbefugnis und der Alleinvertretungsmacht des Beklagten zu 1) in der KG zuzustimmen. Hiergegen richten sich die beiderseitigen Revisionen der Parteien.

#### Entscheidungsgründe:

Die Revisionen der Parteien führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

A. Die Revision der Beklagten.

I. Der Angriff der Revision, das Berufungsurteil verletze § 308 Abs. 1 ZPO, hat Erfolg. Das Berufungsgericht hat der Klägerin etwas zugesprochen, was sie nicht beantragt hat. Dieser Verstoß wäre auch ohne Rüge zu beseitigen (BGH, Urt. v. 19.11.1998 - VII ZR 371/96, BGHR ZPO § 308 Abs. 1 - Anspruchsmehrheit 2 m.w.N.).

1. Die gerichtliche Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht des persönlich haftenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft ist in § 161 Abs. 2, §§ 117, 127 HGB vorgesehen. Allerdings scheidet die Entziehung der Vertretungsbefugnis aus, wenn nur ein Komplementär vorhanden ist, weil sonst ein rechtlich unmöglicher Zustand herbeigeführt würde (BGHZ 51, 198, 200; a.A. K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., S. 1547 f.). Darum geht es indes nicht, weil hier zwei persönlich haftende Gesellschafter vorhanden sind.

2. Der Wortlaut des § 127 HGB scheint darauf hinzudeuten, dass die organschaftliche Vertretungsmacht entweder nur vollständig in Fortfall gebracht werden kann oder unverändert weiterbesteht. Dieser Auslegung steht jedoch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entgegen. Deshalb kommt eine vollständige Entziehung der Vertretungsbefugnis nur in Betracht, wenn mildere Mittel nicht ausreichen, um den für die Mitglieder unzumutbaren Zustand zu beseitigen. Ansonsten kann eine Beschränkung der Vertretungsmacht auf die in §§ 125, 126 HGB zugelassenen Formen, insbesondere auf eine Gesamtvertretungsmacht, stattfinden (BGHZ 51, 198, 203; von Gerkan, in: Röhrich/Graf von Westphalen, HGB, § 117 Rz. 8; Schlegelberger/K. Schmidt, HGB, 5. Aufl., § 127 Rz. 12 m.w.N.). Dasselbe gilt für die Geschäftsführungsbefugnis.

3. Bei der vollständigen und der teilweisen Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis handelt es sich um verschiedene Streitgegenstände. Deshalb ist eine Teilentziehung nur auf einen entsprechenden Antrag des Klägers zulässig (Baumbach/Hopt, HGB, 30. Aufl., § 117 Rz. 5; Heymann/Emmerich, HGB, 2. Aufl., § 117 Rz. 19; Schlegelberger/K.

Schmidt, aaO, § 127 Rz. 23; Westermann, Hdb. der Personengesellschaften I, Rz. 330; Habersack, in: Großkomm. z. HGB, 4. Aufl., § 127 Rz. 11; Pabst, BB 1978, 892, 895 f.).

Bei der Teilentziehung handelt es sich nicht um ein bloßes "Minus". Der Gesellschaftsvertrag wird in anderer Weise umgestaltet, als der Kläger es beantragt hat, die rechtliche Tragweite dieser Umgestaltung unterscheidet sich für den Kläger erheblich von der begehrten. Unter der Geltung der Dispositionsmaxime darf dem Kläger eine qualitativ andere Umgestaltung nicht ohne entsprechenden Antrag aufgedrängt werden (Schlegelberger/K. Schmidt, aaO, § 127 Rz. 23; Schlegelberger/Martens, HGB, 5. Aufl., § 117 Rz. 41).

4. Der Verstoß gegen § 308 Abs. 1 ZPO ist nicht dadurch geheilt, dass die Klägerin beantragt, die Revision der Beklagten zurückzuweisen. Sie will mit ihrer Revision unverändert die vollständige Verurteilung der Beklagten erreichen. Die in ihrem Rechtsmittel etwa liegende Klagenhäufung wäre in der Revisionsinstanz überdies nicht zulässig (BGH, Ur. v. 19.1.1990 - V ZR 215/88, BGHR ZPO § 308 Abs. 1 - Amtsprüfung 1 - Zur Klageänderung m.w.N.).

5. Auch wenn das Berufungsgericht der Klägerin damit zum Nachteil der Beklagten etwas zugesprochen hat, was sie nicht beantragt hat, müsste die Revision der Beklagten ohne Erfolg bleiben, wenn die Revision der Klägerin mit dem Ergebnis begründet wäre, dass ihrem Antrag auf vollständige Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Beklagten zu 1) stattzugeben ist.

II. Dies ist jedoch schon deshalb nicht der Fall, weil das Berufungsgericht - wie die Beklagten zu Recht rügen - die Tatsachen, die nach seiner Ansicht im Grundsatz einen wichtigen Grund zur Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Beklagten zu 1) ergeben sollen, nicht in rechtsfehlerfreier Weise festgestellt hat.

1. Der Beklagte zu 1) hat der Mitarbeiterin Ku. zwar gegen den ausdrücklichen Widerspruch der Klägerin gekündigt. Er wäre gehalten gewesen, sich um die Zustimmung der Klägerin zu dieser Maßnahme zu bemühen. Gleichwohl kann in seinem Verhalten ein grober Pflichtverstoß nicht gesehen werden. Das Berufungsgericht lässt insoweit entscheidungserheblichen Sachvortrag der Beklagten völlig unbeachtet. Diese haben umfassend auf wiederholte Verstöße der Mitarbeiterin Ku. gegen ihre arbeitsvertraglichen Pflichten hingewiesen: Das frühzeitige Abstellen der Hallenheizung unter der falschen Behauptung, dies sei von dem Beklagten zu 1) angeordnet worden, das vorzeitige Verlassen ihres Arbeitsplatzes im Tennis-Shop trotz anwesender Kunden, das Überziehen von Arbeitspausen und ähnliche Missachtungen ihrer vertraglichen Pflichten. Nicht ohne Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Aussage des Zeugen A. bei seiner erstinstanzlichen Vernehmung, Frau Ku. sei nicht unproblematisch und ein schwieriger Mensch, sie müsse öfter angeschoben werden und sei nicht die freundlichste.

(ZIP 2002, 398)

Mangels gegenteiliger Feststellungen ist damit in der Revisionsinstanz davon auszugehen, dass das Verhalten der Mitarbeiterin Ku. eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigte.

2. Die Kündigung der Mitarbeiterin K. erfolgte während der Probezeit. Die Beklagten haben, ohne dass das Berufungsgericht hierauf näher eingeht, dargelegt, dass sich diese Mitarbeiterin den Anforderungen ihres Arbeitsplatzes nicht gewachsen gezeigt habe. Sie habe Stresssituationen nicht bewältigen können, habe bei der Einstellung eine schwere Krankheit verschwiegen und nicht über die Computerkenntnisse verfügt, welche sie bei dem Einstellungsgespräch behauptet habe zu haben; zudem habe sie gelegentlich das Betriebsgelände verlassen, ohne abzustempeln.

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor Beendigung der Probezeit war rechtlich unproblematisch. Die Klägerin hat auch in diesem Falle davon abgesehen, sachliche Einwendungen gegen die Kündigung vorzubringen. Hinzu kommt, dass die Suche und Einstellung einer Mitarbeiterin mit Computerkenntnissen mit dem Willen der Klägerin dem Beklagten zu 1) übertragen worden war. Dieser Verantwortungsbereich schloss neben der Auswahl und Einstellung die Erprobung und Beurteilung der entsprechenden Mitarbeiterin ein. Es liegt nahe, dass damit die

Entscheidung über den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses über die Probezeit hinaus auf den Beklagten zu 1) übertragen worden war.

3. Im Zusammenhang mit der Einstellung des Mitarbeiters Gr. beschränkt sich das Berufungsgericht auf den Hinweis, die Klägerin habe dem widersprochen. Es bezieht indes den Vortrag der Beklagten, Gr. sei vor seiner Festeinstellung bereits länger als ein halbes Jahr auf dem Gelände der KG unwidersprochen tätig gewesen, nicht in seine Wertung ein.

4. Das Berufungsgericht sieht eine gravierende Verletzung der Mitwirkungsrechte der Klägerin darin, dass der Beklagte zu 1) seit September 1998 dazu übergegangen sei, ständig Gesellschafterversammlungen zu Tagesordnungspunkten einzuberufen, die zum größten Teil in die Kompetenz der Geschäftsführung gehörten. Die Beklagten haben insoweit geltend gemacht, das Vorgehen des Beklagten zu 1) sei durch die Verweigerungshaltung der Klägerin motiviert worden, welche die vom Beklagten zu 1) zu treffenden Geschäftsführungsmaßnahmen aus Prinzip durch nicht näher begründete Widersprüche torpediert habe. Die Klägerin sei sich der Kompetenzordnung durchaus bewusst gewesen, sie habe sich immer wieder ausdrücklich auf die fehlende Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung berufen und über die dort gefassten Beschlüsse hinweggesetzt.

5. Soweit es um die Sanierung der Tennisanlage P./Ö. geht, hat das Berufungsgericht den unter Beweis gestellten Vortrag der Beklagten, die Klägerin und die Beklagten hätten sich ausdrücklich darauf verständigt, diese Anlage mit Mitteln der KG zu sanieren, übergangen. Darüber hinaus haben die Beklagten vorgetragen, dass als Folge der finanziellen Schwierigkeiten der Anlage in Ö. auch die Inanspruchnahme der Gesellschafter der KG und damit ein Zugriff von Drittgläubigern der Gesellschafter auf die KG selbst drohte. Die Auffassung des Berufungsgerichts, zwischen den Interessen der Gesellschafter einerseits und denen der KG andererseits müsse strikt getrennt werden, erweist sich vor diesem Hintergrund als nicht sachgerecht.

B. Die Revision der Klägerin.

I. Das Berufungsgericht hat angesichts der von ihm angenommenen Verstöße des Beklagten zu 1) gegen seine Pflichten der auf Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis gerichteten Klage nur deshalb nicht stattgegeben, weil es auch auf Seiten der Klägerin ein pflichtwidriges Verhalten zugrunde legt und in Verkennung der Rechtslage der Ansicht ist, dieser Situation durch die Entziehung nur der Alleingeschäftsführungs- und Alleinvertretungsmacht des Beklagten zu 1) gerecht werden zu können.

II. Dies hält revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.

1. Da die von dem Berufungsgericht für angemessen erachtete "teilweise" Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Beklagten zu 1) von der Klägerin nicht beantragt war, hätte das Berufungsgericht in eine Abwägung eintreten müssen, ob die beantragte vollständige Entziehung nicht auch unter Berücksichtigung der der Klägerin selber angelasteten Pflichtverletzungen auszusprechen gewesen wäre.

2. Die Revision der Klägerin muss überdies deshalb Erfolg haben, weil das Berufungsgericht die der Klägerin zur Last gelegten Verstöße nicht frei von Verfahrensfehlern festgestellt hat.

a) Der Widerspruch der Klägerin gegen die Kündigung des Betriebsleiters der KG, A., war jedenfalls dann beachtlich, wenn ein Grund, den Arbeitsvertrag mit A. zu beenden, nicht gegeben war; ansonsten wäre er pflichtwidrig gewesen (zur Pflichtwidrigkeit Hopt, HGB, 30. Aufl., § 115 Rz. 3 m.w.N.; Schlegelberger/Martens, aaO, § 115 Rz. 14). Das Berufungsgericht stellt dazu fest, A. habe Arbeitnehmer auf der 600-DM-Basis geführt, obwohl dem wirkliche Arbeitsverhältnisse in diesem Umfang nicht zugrunde gelegen hätten; dies habe eine Nachforderung der Landesversicherungsanstalt O. in Höhe von 87 000 DM zur Folge gehabt.

Diese Feststellungen rechtfertigen zwar die Annahme eines wichtigen Kündigungsgrundes. Das Berufungsgericht hat dabei jedoch den Sachvortrag der Klägerin (teilweise) übergangen. Die Klägerin hat vorgetragen, dass die Entlohnung der Arbeitnehmer auf einer betrieblichen Übung beruhe, die bereits K. G. eingeführt habe. Zudem sei A., der seit über 20 Jahren im Betrieb

tätig gewesen sei, bei den Angestellten äußerst beliebt gewesen; außerdem habe das kreditgebende Institut auf seine Tätigkeit besonderen Wert gelegt. Auf diese Tatsachenbehauptungen geht das Berufungsgericht nicht ein, obwohl sie für die Gesamtabwägung von Bedeutung sind. b) Einen weiteren Pflichtenverstoß der Klägerin sieht das Berufungsgericht darin, dass sie den Konten der KG Steuerrückerstattungsbeträge entnommen und die Hälfte für sich behalten hat. Eine Pflichtverletzung gegenüber der KG liegt hierin nicht. Die Forderung und damit der ausbezahlte Betrag stand - so unterstellt das Berufungsgericht - der Miterbengemeinschaft zu. Die Entnahme dieses Betrages aus dem Vermögen der KG und seine ausschließende Verwendung fielen damit nicht in den Pflichtenkreis der Klägerin als Gesellschafterin.

(ZIP 2002, 399)

c) Hinsichtlich des Mietvertrages wurde im Parallelverfahren unter Beweisantritt vorgetragen, dass die Vermietungs-GmbH mehr als zwei Jahre lang "keine einzige Mark" an Mietzins abgeführt habe, weshalb die Miterbengemeinschaft das Mietverhältnis fristlos gekündigt habe.

C. Der Rechtsstreit ist damit auf die Revisionen der Parteien unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, damit es auf der Grundlage der von ihm nachzuholenden Feststellungen in die erforderliche Gesamtabwägung eintreten kann, ob und inwieweit dem Beklagten zu 1) vorzuwerfende Pflichtverstöße auch unter Berücksichtigung eines etwaigen Fehlverhaltens der Klägerin die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht des Beklagten zu 1) rechtfertigen oder die Klage insgesamt abzuweisen ist. Dabei wird es bei der Prüfung der Frage, inwieweit Pflichtverstöße einer Partei lediglich als eine Reaktion auf ein Fehlverhalten der anderen zu verstehen sind, auch die Vorgänge zu berücksichtigen haben, die Gegenstand des Parallelrechtsstreits II ZR 140/00 sind.

Zu Folie 8:

§ 180 I Nr. 2 AO:

§ 180 Gesonderte Feststellung von Besteuerungsgrundlagen

(1) Gesondert festgestellt werden insbesondere:

...

2.

a) die einkommensteuerpflichtigen und körperschaftsteuerpflichtigen Einkünfte und mit ihnen im Zusammenhang stehende andere Besteuerungsgrundlagen, wenn an den Einkünften mehrere Personen beteiligt sind und die Einkünfte diesen Personen steuerlich zuzurechnen sind,

...

§ 15 I Nr. 2 EStG

§ 15 Einkünfte aus Gewerbebetrieb

(1) Einkünfte aus Gewerbebetrieb sind

...

2. die Gewinnanteile der Gesellschafter einer Offenen Handelsgesellschaft, einer Kommanditgesellschaft und einer anderen Gesellschaft, bei der der Gesellschafter als Unternehmer (Mitunternehmer) des Betriebs anzusehen ist, und die Vergütungen, die der Gesellschafter von der Gesellschaft für seine Tätigkeit im Dienst der Gesellschaft oder für die Hingabe von Darlehen

oder für die Überlassung von Wirtschaftsgütern bezogen hat. Der mittelbar über eine oder mehrere Personengesellschaften beteiligte Gesellschafter steht dem unmittelbar beteiligten Gesellschafter gleich; er ist als Mitunternehmer des Betriebs der Gesellschaft anzusehen, an der er mittelbar beteiligt ist, wenn er und die Personengesellschaften, die seine Beteiligung vermitteln, jeweils als Mitunternehmer der Betriebe der Personengesellschaften anzusehen sind, an denen sie unmittelbar beteiligt sind;

Zu Folie 21:

BGHZ 73, 217:

LS

a) Soweit die Handelsgesellschaft dazu verpflichtet ist, kann auch der persönlich haftende Gesellschafter auf Mängelbeseitigung in Anspruch genommen werden.

b) Die Klage gegen die Gesellschaft unterbricht auch die Verjährung gegenüber dem Gesellschafter, der bei Klageerhebung der Gesellschaft angehört.

Aus den Gründen: (221, 222):

Allerdings ist im wissenschaftlichen Schrifttum umstritten, welchen Inhalt die unbeschränkte persönliche Haftung des Gesellschafters hat, wenn die Gesellschaftsschuld nicht auf Geld gerichtet ist (vgl. u. a. Fischer, Großkomm. HGB 3. Aufl. § 128 Anm. 6-12; Flume, Die Personengesellschaft § 16 III; A. Hueck, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft 4. Aufl. § 21 II; Kornblum, Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften S. 164 ff – sämtlich m. w. N.). Der erkennende Senat hat hierzu bisher nur in einem besonderen Einzelfall Stellung genommen. Unter Auseinandersetzung mit den einschlägigen Urteilen des Reichsgerichts und der Literatur hat er in dem Urteil vom 14. Februar 1957 – II ZR 190/55 – den Standpunkt vertreten, es könne weder schlechthin eine Pflicht der Gesellschafter zur Erfüllung jedweder Art von Gesellschaftsschulden, noch könne umgekehrt angenommen werden, der Gesellschafter schulde immer nur – in Geld – das Interesse, das der Gläubiger an der Erfüllung seines Anspruchs durch die Gesellschaft habe; da es auf den Zweck der Gesellschafterhaftung ankomme und in diesem Zusammenhang die Sicherheitsinteressen des Gläubigers zu beachten, aber auch die schutzwerten Interessen des Gesellschafters zu berücksichtigen seien, kämen für unterschiedliche Fallgruppen unterschiedliche Lösungen in Betracht ([BGHZ 23, 302, 305 /306](#)).

Weil der Kredit der handelsrechtlichen Personengesellschaft, bei der es sonst keine gläubigersichernden Maßregeln gibt, auf der Person des Gesellschafters und seiner Haftung beruht, erfordert es der Zweck dieser Haftung, daß der Gesellschafter auch bei anderen als Geldverpflichtungen jedenfalls dann dasselbe schuldet wie die Gesellschaft, wenn die Erfüllung den Gesellschafter in seiner gesellschaftsfreien Privatsphäre nicht wesentlich mehr als eine Geldleistung beeinträchtigt. Dem Gesellschaftsgläubiger, der mit der Gesellschaft einen Vertrag abgeschlossen hat, wird in erster Linie an der vertragsmäßigen Erfüllung und nicht sogleich an einer Ersatzleistung in Geld gelegen sein. Ihm wird daher zumeist ein berechtigtes Interesse nicht abgesprochen werden können, auch dem Gesellschafter gegenüber, wenn er sich von dessen persönlicher Inanspruchnahme etwas verspricht, auf der von der Gesellschaft geschuldeten Leistung zu bestehen. Wenn die Gesellschaft zu einer vertretbaren handwerklichen Leistung verpflichtet ist, bei der es – wie bei den hier geforderten Nachbesserungsarbeiten – nicht auf die Person des Ausführenden ankommt, kann daher der Gläubiger – sofern er es nicht vorzieht, Schadensersatzansprüche geltend zu machen, weil die Gesellschaft ihre Vertragspflichten nicht erfüllt hat – auch den Gesellschafter persönlich auf Vornahme der Werkleistung in Anspruch nehmen. Bei der Abwägung der Gläubigerinteressen und der schutzwerten Interessen des Gesellschafters auf Freihaltung seiner Privatsphäre ist insoweit entscheidend, dass der Gesellschafter, wenn er nicht ohnehin auch die Gesellschaft zur Leistung zu veranlassen vermag, den

Nachbesserungsanspruch ohne persönlichen Einsatz durch Aufwendung von Geld und Beauftragung eines anderen Unternehmens erfüllen kann. Ihm wird daher nicht mehr zugemutet, als was anderenfalls der Gläubiger tun müsste, um sich selber zu helfen. Bei einem solchen Sachverhalt erscheint es nicht als unzumutbarer Eingriff in den außergesellschaftlichen Bereich des Gesellschafters, wenn der Gläubiger von ihm verlangen kann, was ihm die Gesellschaft noch schuldet.

Zu Folie 23:

BGH JuS 2013, 1136

Leitsätze

1. Besteht eine vertragliche Unterlassungsverpflichtung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, haften ihre Gesellschafter regelmäßig allein auf das Interesse und nicht persönlich auf Unterlassung, falls die Gesellschaft das Unterlassungsgebot verletzt.
2. Wird eine Unterlassungserklärung für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts abgegeben, nachdem sie vom Gläubiger abgemahnt worden ist, ist es grundsätzlich nicht treuwidrig, wenn sich ihre Gesellschafter darauf berufen, dass für sie keine vertragliche Unterlassungspflicht begründet worden ist.

BGH, Urt. v. 20. 6. 2013 – I ZR 201/11, NZG 2013, [1095](#)

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Karsten Schmidt

Zum Sachverhalt

Der dem *BGH* schon zum zweiten Mal vorliegende Rechtsstreit ist urheberrechtlicher Art (Nachahmung) und wird hier, im Sachverhalt vereinfacht, nur in seiner gesellschaftsrechtlichen Relevanz dargestellt. Der Kl. betreibt einen Verlag. Im Verlag des Kl. erscheinen die sehr bekannten und weit verbreiteten Briefmarkenkataloge „M“. Der Bekl. ist bei einem Konkurrenzunternehmen beschäftigt, in dem Briefmarkenkataloge für Briefmarkensammler, Händler und Auktionshäuser erscheinen. Beide Verlage verwenden in ihren Katalogen Nummernsysteme, mit denen die Sammler die einzelnen Briefmarken allein anhand einer individuellen Nummer zuordnen. Der Kl. wendet sich gegen die Übernahme wesentlicher Elemente seines Systems. Im Wesentlichen wird der Nachahmungsstreit zwischen den beiden Verlagshäusern um Fragen des Urheber- und Wettbewerbsrechts geführt. Die Inanspruchnahme (auch) des Bekl. hat einen gesellschaftsrechtlichen Hintergrund. Der Bekl. war vor der Anstellung im Konkurrenzverlag Mitgesellschafter einer P-GbR, die gleichfalls vom Kl. in Nachahmungsstreitigkeiten hereingezogen worden war. Der damalige anwaltliche Vertreter der P-GbR unterzeichnete im Jahr 1998 in deren Namen eine strafbewehrte Unterlassungserklärung, in der es u. a. heißt: „Hiermit verpflichtet sich die P-GbR zu Gunsten der ... (Kl.), zu geschäftlichen Zwecken zu unterlassen, die Briefmarken-Katalognummern der M.-Kataloge, insbesondere der Briefmarken der BRD, zu verwenden oder Werke, die diese Briefmarken-Katalognummern enthalten, in Verkehr zu bringen oder zu vertreiben“. Der Kl. sieht in der Herausgabe der Konkurrenzcataloge (auch) eine Verletzung dieser nach seiner Auffassung auch den Bekl. treffenden vertraglichen Unterlassungsverpflichtung. Deshalb nimmt er den Bekl. persönlich in Anspruch. Das *OLG* hat der Klage insoweit stattgegeben. Die Revision des Bekl. war erfolgreich und führte zur Abweisung der gegen ihn gerichteten Klage.

Einführung in die Probleme

Wer heute Rechtswissenschaft studiert, wächst mit der Gewissheit auf, dass eine Außen-GbR rechts- und parteifähig ist und dass die Gesellschafter grundsätzlich analog §§ 128 ff. HGB für die Gesellschaftsschulden haften. Grundlage ist die Leitentscheidung „Arge Weißes Ross“, die die einhundert Jahre lang (!) vorherrschende Gegenauffassung ablöste. Das ist für den vorliegenden Fall nicht uninteressant, denn der Vertrag, auf den die Gesellschafterhaftung im vorliegenden Fall gestützt wurde, stammt von 1998. Damals war der Streit um die GbR-Haftung noch im Gange und man hätte die Wahl zwischen im Wesentlichen drei streitenden Ansichten gehabt: (1) Die Gesellschaft sei nicht rechtsfähig, so dass ein im Namen „der Gesellschaft“ geschlossener Vertrag aus Rechtsgründen immer nur als im Namen der Gesellschafter geschlossen gewürdigt werden könne; diese Ansicht sah ein Auslegungsproblem darin, ob die Gesellschafter nur mit „ihrem Gesamthandsvermögen“ oder auch persönlich verpflichtet seien. (2) Die Gesellschaft sei rechtsfähig, ein Handeln im Namen der Gesellschaft also möglich; ob neben ihr auch die Gesellschafter vertreten und persönlich verpflichtet seien, sei mangels einer gesetzlichen Haftung wiederum eine Frage der Vertragsauslegung (sog. Doppelverpflichtungslehre). (3) Die Gesellschaft sei rechtsfähig und neben ihre Verpflichtung trete analog § 128 HGB kraft Gesetzes eine akzessorische Haftung (heute h. M.). Durchgesetzt hat sich bekanntlich diese dritte Auffassung. Zu bedenken ist aber, dass selbst bei direkter Anwendung des § 128 HGB – erst recht also bei nur analoger Anwendung der Bestimmung – der *Inhalt* der Gesellschafterhaftung, soweit nicht die Gesellschaftsschuld nur auf Zahlung gerichtet ist, immer wieder Probleme aufweist. Im Grundsatz geht die h. M. von einer inhalts gleichen Haftung der Gesellschafter aus (sog. Erfüllungstheorie), macht aber hier von Ausnahmen bei höchstpersönlichen Handlungen und Unterlassungen.

### Darstellung und Analyse

Im Hinblick auf die heute h. M. – entsprechende Anwendung der Haftungsgrundsätze zu § 128 HGB – hätte man hiernach erwartet, dass der *Senat* ausführlich auf den heute (ohne Gesetzesänderung) erreichten Stand eingeht und fragen würde, ob ein OHG-Gesellschafter (§ 128 HGB) oder ein BGB-Gesellschafter (analog § 128 HGB) persönlich für die von der Gesellschaft vertraglich übernommene Unterlassungsverpflichtungserklärung eintreten muss. In diese Richtung gehen auch – allerdings unter Rückgriff auch auf die noch offene Grundlagen Diskussion im Zeitpunkt des Vertragsschlusses – die Ausführungen des *Senats*:

„Schon bei Unterzeichnung der Erklärung im Jahr 1998 unterschied die Rechtsprechung des *BGH* zwischen der Verpflichtung der Gesellschaft als Gesamthand und der persönlichen Haftung ihrer Gesellschafter... Jedenfalls seit Ende 1991 hat der *BGH* auch angenommen, dass die (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Teilnehmer am Rechtsverkehr grundsätzlich jede Rechtsposition einnehmen kann... Um die persönliche Haftung der Gesellschafter zu begründen, war nach damals herrschender Auffassung ein besonderer Verpflichtungsgrund erforderlich. Beim rechtsgeschäftlichen Handeln der Geschäftsführer namens der Gesellschaft wurde dieser häufig in der Mitverpflichtung der Gesellschafter kraft gewillkürter Vertretungsmacht gesehen... Grundsätzlich konnte der Gläubiger danach zwar von allen Gesellschaftern persönlich Erfüllung verlangen. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wurde aber insbesondere für Unterlassungsverpflichtungen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts angenommen, die von vornherein nur durch die Gesellschaft erfüllbar sind, weil ihre Erfüllung durch einen Gesellschafter persönlich nicht ohne Änderung des Schuldinhalts möglich ist... Da die personenbezogenen Unterlassungspflichten der Gesellschaft nur von dieser erfüllt werden konnten, hafteten die Gesellschafter auch nach damaliger Auffassung bei Verstößen der Gesellschaft gegen die Unterlassungspflicht nur auf das Gläubigerinteresse. Dementsprechend wurde zwi-

schen dem Tun oder Unterlassen des Gesellschafters und der von der Gesellschaft zu erbringenden Leistung unterschieden, so dass zur persönlichen Verpflichtung der Gesellschafter ein besonderer Rechtsgrund für erforderlich gehalten wurde“.

Das Ergebnis findet sich zusammengefasst im ersten Leitsatz. Der *Senat* prüft und verneint noch die Frage, ob sich aus § 242 BGB etwas anderes ergibt (vgl. Leitsatz Nr. 2). Insofern stellt er heraus, dass sich auch die der Unterlassungsvereinbarung vorausgegangene Abmahnung von Seiten der Kl. nur gegen die P-GbR und nicht gegen ihre Gesellschafter gerichtet habe. Die gegen den Bekl. als Gesellschafter der P-GbR gerichtete Klage konnte hiernach keinen Erfolg haben.

### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Als Gesellschaftsrechtsfall (aus der Sicht der im realen Prozess streitenden Parteien eher ein Randbereich des Streits um die Briefmarkenkataloge) ist dieses Urteil prüfungs- und examensrelevant. Obwohl der *Senat* – es ist der *Erste* und nicht der für Gesellschaftsrecht zuständige *Zweite Zivilsenat* – nicht darauf eingeht, ob die heute vorherrschende „Akzessorietätstheorie“ (also die analoge Anwendung der §§ 128 ff. HGB) zu demselben Ergebnis kommt, wird das Urteil hier seinen Platz finden: Auch wenn die Vereinbarung in der Gegenwart getroffen worden wäre und es sich statt um eine GbR um eine OHG gehandelt hätte, wäre das Ergebnis dasselbe, denn im Rechtssinne hat die Einhaltung der Unterlassungspflicht durch den Bekl. einen anderen Inhalt als die Unterlassung seitens der Gesellschaft. Für etwaige Schadensersatzfolgen einer Rechtsverletzung seitens der P-GbR hätte dagegen der Bekl. gehaftet. Aber über sie hatte der *BGH* nicht zu entscheiden.

### Zu Folie 27

BGH NJW 2007, 3784 = JuS 2009, 184 mit zust. Anm. K. Schmidt (i.f. abgedruckt)

### Leitsatz:

Wird das Ausscheiden des Gesellschafters einer OHG nicht in das Handelsregister eingetragen, beginnt – wie im BGB-Gesellschaftsrecht – der Lauf der fünfjährigen Enthaltungsfrist mit der positiven Kenntnis des Gesellschaftsgläubigers vom Ausscheiden des Gesellschafters; die Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister ist für den Fristbeginn nicht konstitutiv.

### Zum Sachverhalt

Die Kl., eine Genossenschaftsbank, hatte einer „T., F. und J. GbR – Tr. F., R. F. und W. J.“ im Jahr 1996 ein Darlehen i.H. von 40000 DM gegeben. Gesellschafter dieser angeblichen Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die ein kaufmännisches Handelsgewerbe i.S. von § HGB § 1 HGB § 1 Absatz II Nr. 1 HGB a.F. betrieb, waren die Eheleute F und die Bekl. (W J). Am 9. Februar 1998 teilte die Bekl. der Kl. mit, dass sie „zum 1. 1. 1998 aus der GbR ausgeschieden“ sei. Ihren Gesellschaftsanteil hatte die Bekl. mit Vertrag vom 9. 2. 1998 an die Eheleute F übertragen. Da die Gesellschaft nach wie vor nicht in das Handelsregister eingetragen war, wurde auch der Austritt der Bekl. nicht eingetragen und bekannt gemacht. Nachdem die Gesellschaft ihre Zahlungen eingestellt hatte und mit Rückständen im Verzug war, kündigte die Kl. das Darlehen im Jahr 2004, und zwar auch gegenüber der Bekl. Von dieser verlangt die Kl. nunmehr die Zahlung eines noch offenen Betrags von 12034,27 Euro. Das LG hat der Klage zum überwiegenden Teil stattgegeben. Das BerGer. hat sie abgewiesen. Die vom BerGer. zugelassene Revision der Kl. blieb erfolglos.

### Einführung in die Probleme

Es geht um die unbeschränkte Haftung eines ausgeschiedenen Personengesellschafters. Diese besteht im Grundsatz für so genannte Altverbindlichkeiten fort, jedoch nur, wenn diese Verbindlichkeiten vor Ablauf von fünf Jahren nach dem Ausscheiden fällig und festgestellt oder geltend gemacht sind (näher § 160 I 1 HGB; für die GbR § 736 II BGB). Bevor auf die Lösung des Falls eingegangen wird, sind folgende Fragen zu klären:

War die Gesellschaft, wie die Gesellschafter wohl selbst glaubten, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) oder eine OHG? Sie erfüllte die Merkmale des § 705 BGB, aber sie erfüllte auch die Merkmale des § 105 HGB, denn sie war gewerblich und nicht bloß kleingewerblich tätig (§ 1 HGB). Nach §§ 105 I, 123 II HGB war sie also auch ohne Eintragung im Handelsregister offene Handelsgesellschaft, denn bei einem nicht kleingewerblichen Gewerbebetrieb wirkt die Eintragung ins Handelsregister lediglich deklaratorisch und nicht konstitutiv. Dieser für § 1 HGB geltende Grundsatz wirkt sich nach § 123 HGB auch gesellschaftsrechtlich aus.

War die Kl. aus der Gesellschaft ausgetreten? Im technischen Sinne war sie es nicht, denn der Austritt aus der Gesellschaft und die Anteilsübertragung sind verschiedene Dinge. Aber: Die Enthafungsregelung des § 160 HGB gilt auch in dem gesetzlich nicht geregelten Fall der Anteilsübertragung. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass eine Anteilsübertragung an verbleibende Gesellschafter wie ein Austritt wirkt: Die verbleibenden Gesellschafter erhalten keine zusätzlichen Anteile, sondern ihre Anteile werden größer, und der Anteil des Ausgeschiedenen fällt fort.

Lag eine Altverbindlichkeit vor? Altverbindlichkeiten sind alle vor dem Ausscheiden begründeten Verbindlichkeiten (vgl. § 160 I 1 HGB). Der einer Gesellschaft vor dem Ausscheiden gegebene und nach dem Ausscheiden zur Rückzahlung fällige Kredit ist ein typisches Beispiel. Damit war die Haftung im Ausgangspunkt gegeben. Es kam also auf die Anwendung der Enthafungsregel des § 160 HGB an.

### Darstellung und Analyse

Die Frage war im vorliegenden Fall, ob die Fünfjahresfrist des § 160 I 1 HGB bei Geltendmachung der Klageforderung abgelaufen war. Nach § 160 I 2 HGB beginnt die Frist mit dem Ende des Tages, an dem das Ausscheiden aus der Gesellschaft im Handelsregister eingetragen wird. Eine solche Eintragung hatte es hier nicht gegeben. Hätte es sich bei der Gesellschaft, wie wohl die Beteiligten glaubten, um eine GbR gehandelt, so wäre die Lösung einfach gewesen: § 736 II BGB verweist zwar auf § 160 HGB, aber da es hier keine Registereintragung gibt, stellt die h.M. stattdessen auf die Kenntnis ab: Die Frist beginnt mit dem Ablauf des Tages, an dem der Gläubiger Kenntnis vom Ausscheiden des Gesellschafters erlangt hat. Damit lag das vom BGH zu lösende Problem auf der Hand: Kommt es für den Lauf der Enthafungsfrist auch dann auf die Eintragung an, wenn der Gläubiger Kenntnis vom Ausscheiden hat? Die bisher wohl h.M. bejaht diese Frage in Anbetracht des klaren Gesetzeswortlauts. Eine bisher eher vereinzelte Gegenansicht akzeptiert diese Unstimmigkeit mit § 736 II BGB nicht. Sie steht auf dem Standpunkt, dass die Handelsregistereintragung zwar für den Fristlauf gegenüber jedermann bedeutsam ist, dass aber die Frist schon vorher beginnt, wenn der individuelle Gläubiger positive Kenntnis vom Ausscheiden hat. Dieser Gegenansicht folgt nunmehr der Senat:

„a) Zwar wird auf Grund des Wortlauts des § 160 I 2 HGB n.F., wonach die fünfjährige Enthafungsfrist mit dem Ende des Tages beginnt, an dem das Ausscheiden des Gesellschafters in das Handelsregister des für den Sitz der Gesellschaft zuständigen Gerichts eingetragen wird,

im Schrifttum ganz überwiegend die Ansicht vertreten, die Eintragung des Ausscheidens des Gesellschafters in das Handelsregister sei unabdingbare, konstitutive Voraussetzung für den Beginn des Laufs dieser Haftungsausschlussfrist... Insbesondere wenn der Gesellschafter oder gar die Gesellschaft noch gar nicht eingetragen seien, müssten für den Fristbeginn diese Eintragungen zuvor nachgeholt und sodann das Ausscheiden eingetragen werden...

b) Dem vermag der Senat jedoch in Übereinstimmung mit *Altmeyen ...* und *Karsten Schmidt ...* für das neu gefasste Nachhaftungsbegrenzungsrecht nicht zu folgen.

Der Senat braucht nicht zu entscheiden, ob die Ansicht der h.L. für § 159 HGB a.F. zutreffend gewesen ist (a.A. insoweit *Altmeyen ...*). Denn jedenfalls für die konzeptionelle Neuregelung des Enthaltungsrechts der Personengesellschaften durch das Nachhaftungsbegrenzungs-gesetz vom 18. 3. 1994 (BGBl I 1994, Seite 560), wie sie in § 736 II BGB einerseits und § 160 I 2 HGB n.F. andererseits zum Ausdruck kommt, lässt sie sich nicht aufrechterhalten. Sie beachtet nicht genau genug den vom Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 160 I 2 HGB n.F. verfolgten Sinn und die von ihm mit dem Nachhaftungsbegrenzungs-gesetz bezweckte Einheitlichkeit der Haftungsbegrenzung im Personengesellschaftsrecht (BT-Dr 12/1868, S. 2). Zudem führt sie zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Besserstellung der Gesellschafts-gläubiger einer OHG im Verhältnis zu den Gläubigern einer BGB-Gesellschaft...

Wollte man an die mit der Kundgabe verbundene positive Kenntnis des Gläubigers einer OHG von dem Ausscheiden des Gesellschafters nicht dieselben Rechtsfolgen knüpfen, verfehlte man den Sinn der für die OHG getroffenen besonderen Regelung des § 160 I 2 HGB n.F. Sie soll den Gesellschafter einer OHG der Notwendigkeit entheben, alle Gläubiger einzeln in Kenntnis zu setzen...

Hat der Gläubiger einer OHG infolge positiver Kenntnis vom Ausscheiden taggenau volle fünf Jahre Zeit, seine Ansprüche gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter durchzusetzen, kann ihm nicht gestattet werden, sich auf die fehlende Eintragung des Ausscheidens zu berufen”.

#### Folgen für Ausbildung, Prüfung und Praxis

Der Fall ist ausbildungs- und prüfungsrelevant. Er könnte für eine Klausur kaum besser ausgedacht werden. Er dürfte auch gar nicht so selten vorkommen, denn im Personengesellschaftsrecht wirkt beim Gesellschafterwechsel nicht zwingend ein Notar mit, der für die Registeranmeldung sorgen würde (vgl. demgegenüber § 15 GmbHG). Für die Praxis ändert die Entscheidung natürlich nichts daran, dass bei Handelsgesellschaften (OHG und KG) das Ausscheiden so schnell wie möglich zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden sollte, denn dann läuft die Fünfjahresfrist gegenüber allen Gesellschaftsgläubigern, denen der Ausgeschiedene haftet. Im Übrigen ist das Ergebnis einleuchtend und zeigt, wie frei der Senat mit dem Gesetzeswortlaut umgeht, wenn es gilt, inakzeptable Unstimmigkeiten des Gesetzesrechts zu vermeiden.

*Karsten Schmidt*

Zu Folie 28

BGH NZG 2011, 1023 = JuS 2011, 1124 m. Anm. K. Schmidt (daraus die Leitsätze i.f.):

Leitsätze:

1. Die Vereinbarung eines Treuhandverhältnisses, das darauf beschränkt ist, die gesellschaftsrechtlichen Rechte des „Treugebers“ gegenüber dem Grundbuchamt durch einen Treuhänder halten zu lassen, steht der Außenhaftung des „Treugebers“ analog § 128 HGB nicht entgegen, wenn die Auslegung des Gesellschaftsvertrags und des Treuhandvertrags ergibt, dass nicht der „Grundbuchtreuhänder“, sondern der „Treugeber“ Gesellschafter der GbR geworden ist.

2. Zahlt der Gesellschafter einer Publikumpersonengesellschaft gem. § 128 HGB auf eine durch die Gesellschaft besicherte Gesellschaftsschuld, hat er jedenfalls bei nicht akzessorischen Sicherheiten keinen gesetzlichen Anspruch auf anteilige Übertragung der Sicherheit, den er dem Gläubiger als Einrede entgegenhalten kann. (Leitsätze gekürzt)

Zu Folie 29:

BGH DStR 2013, 2583

Aus den Gründen:

Gesellschafter-Gläubiger muss nicht aufgrund gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht vorrangig Gesellschaft in Anspruch nehmen, ...

31 4. Die Kl. ist nicht verpflichtet, zunächst die KG in Anspruch zu nehmen, bevor sie ihre Drittgläubigerforderung gegen die Kommanditisten geltend macht.

32 Im Schrifttum wird teilweise vertreten, dass persönlich haftende Gesellschafter und damit auch Kommanditisten, die Ausschüttungen i. S. des § HGB § 172 Abs. HGB § 172 Absatz 4 HGB erhalten haben, einem Gesellschafter-Gläubiger lediglich subsidiär haften und sich der Gläubiger zunächst an die Gesellschaft halten muss. Der Gesellschafter-Gläubiger werde zwar grundsätzlich wie jeder dritte Gläubiger behandelt, wenn es sich um ein Drittgeschäft handele. Die unbeschränkte Haftung werde aber von der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht überlagert, die gebiete, dass der Mitgesellschafter – in der Regel – nur dann in Anspruch genommen werden dürfe, wenn eine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen nicht zu erwarten sei (Habersack, in: Staub, Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 128 Rn. 13, 26; Hillmann, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 128 Rn. 10; Hopt, a. a. O., § 128 Rn. 24; Steitz, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 128 HGB, Rn. 10; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 49 I 2, S. 1412; ders., in: Schlegelberger, HGB, 5. Aufl., § 128 Rn. 12, 20; K. Schmidt, a. a. O., § 128 Rn. 12, 20; Boesche, in: Oetker, HGB, 2. Aufl., § 128 Rn. 21; Walter, JZ 1983, 258, 260; a. A. Ulmer, in: MüKo-BGB, 5. Aufl., § 705 Rn. 203, 220; Westermann, in: Erman, BGB, 13. Aufl., § 705 Rn. 61; Habermeier, in: Staudinger, BGB, Bearb. 2003, § 705 Rn. 43; Hadding/Kießling, in: Soergel, BGB, Stand 2011, § 705 Rn. 57; Prediger, BB 1971, 245, 248 f.).

33 Das Reichsgericht hat stattdessen angenommen, dass der Gesellschafter-Gläubiger einem Dritten vollständig gleichgestellt sei und sich deshalb nicht zunächst an die Gesellschaft halten müsse. Es sei lediglich darauf zu achten, dass der Anteil abgezogen werde, der seiner eigenen Mithaftung entspreche. Anderenfalls erhalte der Gesellschafter-Gläubiger etwas, das er unter Umständen zurückgewähren müsse und was damit die dolo agit-Einrede begründe (RG v. 16. 6. 1914, III 37/13, RGZ 85, 157, 162 f.; v. 5. 1. 1937, II 182/36, RGZ 153, 305, 313 f.; dem folgend BGH v. 1. 12. 1982, VIII ZR 206/81, NJW 1983, 749; v. 15. 1. 1988, V ZR 183/86, BGHZ 103, 72, 76, NJW 1988, 1375).

34 Der erk. Senat hat die Frage in einer Entscheidung vom 10. 11. 1969 (BGH II ZR 40/67, BeckRS 1969, 31169816) offen gelassen. Sie ist im Sinne der Rechtsprechung des Reichsge-

richts zu entscheiden. Der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, der eine Drittgläubigerforderung gegen einen persönlich haftenden Mitgesellschafter geltend macht, muss nicht zunächst die Gesellschaft in Anspruch nehmen. Eine generell nur subsidiäre Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus Drittgeschäften mit anderen Gesellschaftern lässt sich aus der Treuepflicht mangels Schutzbedürftigkeit der Mitgesellschafter nicht ableiten. Zwar ist anzuerkennen, dass ein Gesellschafter, wenn möglich, nicht sein eigenes Vermögen einsetzen soll, vielmehr Gesellschaftsschulden vor allem aus dem Gesellschaftsvermögen beglichen werden sollen. Der Mitgesellschafter, der von dem Gesellschafter-Gläubiger in Anspruch genommen wird, hat jedoch in der Regel nicht nur einen Aufwendungsersatzanspruch gegen die Gesellschaft gemäß § 110 HGB, wenn er die Gesellschaftsschuld begleicht. Er kann auch bereits aufgrund der drohenden Inanspruchnahme Freistellung verlangen (Goette, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl., § 110 Rn. 33; K. Schmidt, a. a. O., § 128 Rn. 35, m. w. N.). Ist die Gesellschaft zur Zahlung bereit und in der Lage, sollte es somit gar nicht dazu kommen, dass der Mitgesellschafter auf sein privates Vermögen zurückgreifen muss, selbst wenn sich der Gesellschafter-Gläubiger direkt an ihn wendet. Kann oder will die Gesellschaft ihre Schuld dagegen nicht tilgen, würde der Gesellschafter auch unter grundsätzlicher Annahme der Subsidiarität haften.

35 Aus der Rechtsprechung des Senats zum Innenausgleich zwischen Gesellschaftern, nachdem ein Gesellschafter einen (dritten) Gesellschaftsgläubiger befriedigt hat, lässt sich nichts Gegenteiliges herleiten. Diese Fallgestaltung ist mit der Geltendmachung einer Drittgläubigerforderung durch den Gesellschafter nicht vergleichbar. Obwohl der Aufwendungsersatzanspruch des leistenden Gesellschafter gegen die Gesellschaft aus § 110 HGB ein Sozialanspruch ist und Sozialansprüche während des Bestehens der Gesellschaft grundsätzlich nicht gegen die Gesellschafter geltend gemacht werden können, ist eine Regressmöglichkeit des leistenden Gesellschafter nach § 426 BGB bei Leistungsunfähigkeit der Gesellschaft anerkannt. Diese Ausnahme ist geboten, da es mehr oder weniger vom Zufall abhängen kann, welcher Gesellschafter von einem Gesellschaftsgläubiger in Anspruch genommen wird. Insoweit reicht aber eine Haftung in den Fällen aus, in denen von der Gesellschaft keine Befriedigung zu erlangen ist. Diese Besonderheit schlägt auf den gemäß § 426 Abs. 2 BGB übergelassenen Anspruch durch (BGH v. 2. 7. 1962, II ZR 204/60, BGHZ 37, 299, 302 f., NJW 1962, 1863; v. 15. 1. 1988, V ZR 183/86, BGHZ 103, 72, 76 ff., NJW 1988, 1375; v. 17. 12. 2001, II ZR 382/99, DStR 2002, 319 m. Anm. Goette; v. 15. 10. 2007, II ZR 136/06, DStR 2007, 2268, Rn. 17), so dass auch dieser nicht mit der hier vorliegenden Konstellation eines Anspruchs eines Gesellschafter-Gläubigers aus einem Drittgeschäft vergleichbar ist.

36 5. Mit der Inanspruchnahme der Kommanditisten verstößt die Kl. auch sonst nicht gegen ihre gesellschaftsrechtliche Treuepflicht.

37 a) Treuepflichten bestehen nicht nur zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern, sondern obliegen auch den Gesellschaftern untereinander. Diese müssen auf die Belange ihrer Mitgesellschafter Rücksicht nehmen (st. Rspr.; vgl. BGH v. 28. 4. 1975, BGH II ZR 16/73, BGHZ 64, 253, 257, NJW 1975, 1410; v. 9. 9. 2002, BGH II ZR 198/00, DStR 2002, 2234). Das kann im Einzelfall dazu führen, dass aufgrund überwiegender schutzwürdiger Interessen der Mitgesellschafter auch die Wahrnehmung außergesellschaftsrechtlicher Befugnisse und damit die Geltendmachung von Ansprüchen aus Drittgeschäften eingeschränkt ist (Servatius, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 705 BGB Rn. 42; Schäfer, in: Staub, Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 105 Rn. 214; Wiedemann, WM Sonderbeilage 7/1992, S. 11). Eine solche Ausnahme liegt hier jedoch nicht vor.

38 b) Zwar ist die Kl. nicht nur einfache Kommanditistin mit einem Anspruch gegen die Gesellschaft, sondern Rechtsnachfolgerin einer Gründungsgesellschafterin und Initiatorin des Fonds. Ferner hat sie bewusst lediglich einen geringeren Teil der Zinsen fällig gestellt und die Forderungen gegen die KG im Übrigen immer wieder gestundet. Hätte sie dies nicht getan, wäre die KG bereits insolvent. Es ist mit der Revision anzunehmen, dass die Kl. die KG so lange am Leben halten möchte, bis diese Ende 2013 das Kaufangebot bezüglich der Immobilie annehmen und sich im Anschluss liquidieren kann. Es gibt auch zahlreiche Anhaltspunkte dafür, dass die Fälligestellung des Zinsanspruchs durch die Kl. und die Weigerung der KG, diese Forderung zu erfüllen, absprachegemäß hauptsächlich deshalb erfolgte, um die Inanspruchnahme der nicht zahlungsbereiten Kommanditisten durch die Kl. zu ermöglichen, da der Kaufpreis, der im Falle eines Verkaufs Ende 2013 im Raum steht, nicht ausreichen dürfte, um die Forderungen der Kl. zu erfüllen.

39 Diese Vorgehensweise ist aber nicht treuwidrig, da keine schutzwürdigen gegenläufigen Interessen der Kommanditisten ersichtlich sind. Von der Kl. kann dagegen nicht verlangt werden, dass sie auf die Geltendmachung ihrer Ansprüche gegen die Mitkommanditisten dauerhaft verzichtet. Sie hat ein berechtigtes Interesse daran, ihre drohenden Verluste durch Inanspruchnahme der Mitgesellschafter zu reduzieren. Die Revision hält es zwar für reine Spekulation, ob und zu welchem Preis die Immobilie veräußert werden kann. Außer dem bindenden Kaufangebot zum Preis von 30 Mio. €, das deutlich unter der Summe der Verbindlichkeiten in Form der Darlehenshauptforderung i. H. von über 25 Mio. € und der aufgelaufenen Zinsen von über 8 Mio. € liegt, ist jedoch keine bessere Verkaufsmöglichkeit ersichtlich. Auch die Revision trägt nicht vor, dass mit einem Verkaufspreis zu rechnen ist, der die Forderungen der Kl. vollständig decken könnte.

40 Die Kl. muss entgegen der Auffassung der Revision auch nicht deshalb gegenüber den Kommanditisten auf ihre Forderung verzichten, weil anderenfalls das wirtschaftliche Risiko des Fonds auf diese abgewälzt würde. Die Kommanditisten durften nicht darauf vertrauen, ihre Ausschüttungen endgültig behalten zu dürfen. Sie sind im Emissionsprospekt auf ihr Haftungsrisiko nach § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB hingewiesen worden. Dass die Bank, die einen solchen Fonds auflegt, nicht uneigennützig handelt und ein gewährtes Darlehen zurückfordern wird, ist zudem für den Anleger offensichtlich. Naheliegend ist auch, dass die Bank dabei alle ihr zur Verfügung stehenden Schuldner in Anspruch nehmen wird. Der Prospekt enthält keinen Hinweis darauf, dass die Kl. anders zu behandeln wäre als andere Drittgläubiger und nicht frei entscheiden dürfte, wen sie in Anspruch nimmt.

41 c) Der Umstand, dass die Gesellschafter-Gläubigerin bzw. ihre Rechtsvorgängerin als Gründungsgesellschafterin und Initiatorin des Fonds für eine ordnungsgemäße Ausgestaltung des Fonds und eine Aufklärung der Anleger über die Risiken verantwortlich war, ist ebenso wenig ein Grund, die Anleger von ihrer Verbindlichkeit nach § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB zu entlasten. Eine fehlerhafte Aufklärung könnte Ansprüche der Anleger aus Prospekthaftung begründen. Solche stehen, wie das Berufungsgericht ausgeführt hat, vorliegend aber schon deshalb nicht im Raum, weil eine entsprechende Klage, an der auch der Bekl. beteiligt war, vom OLG Frankfurt a. M. mit Urteil vom 4. 2. 2009 rechtskräftig abgewiesen wurde.

42 d) Im Falle der ansonsten drohenden Insolvenz der KG würden die Anleger nicht besser stehen. Auch insoweit ist deshalb nicht zu erkennen, warum es treuwidrig sein soll, dass die Kl. ihre Ansprüche außerhalb der Insolvenz verfolgt. Die Kl. behält ihren Anspruch aus § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB auch in der Insolvenz. Zwar können Gläubiger ihre Ansprüche gegen die Kommanditisten in der Insolvenz nicht mehr selbst durchsetzen. Dies geschieht indes

gemäß § 171 Abs. 2 HGB durch den Insolvenzverwalter. Eine Schlechterstellung der Kommanditisten im Vergleich zur sofortigen Insolvenz könnte allenfalls darin liegen, dass sich durch die spätere Inanspruchnahme die Gesellschaftsschulden vergrößern könnten. Da die Kommanditisten jedoch im Außenverhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern lediglich in Höhe der erhaltenen Ausschüttungen haften und auch im Innenverhältnis zur Gesellschaft nach § 3 Nr. 7 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags nicht weitergehend haften, wirkt sich ein weiteres Anwachsen offener Darlehenszinsen nicht auf ihre Haftung aus.

...

BGH NJW 1983, 749

Leitsatz:

1. Dem Gesellschafter einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, der Inhaber einer "Drittgläubigerforderung" ist, haften die Mitgesellschafter als Gesamtschuldner.
2. Er darf aber einen Mitgesellschafter nur auf den seinen Verlustanteil übersteigenden Überschuss seiner Forderung in Anspruch nehmen.

Aus den Gründen:

Der Gläubiger, der zugleich Gesellschafter ist (sogenannter Gesellschafter-Gläubiger), kann aus einem vom Gesellschaftsverhältnis verschiedenen Rechtsverhältnis seine Forderung sowohl der Gesellschaft als auch einzelnen Gesellschaftern gegenüber geltend machen. Die einzelnen Gesellschafter haften ihm nach § 427 BGB als Gesamtschuldner. Diese Auffassung hat bereits das RG vertreten (RGZ 85, [157](#); 153, [105](#), für die OHG). Das Schrifttum ist überwiegend dieser Ansicht gefolgt (v. Gamm, in: RGRK, 12. Aufl., § 705 Rdnr. 26; Soergel-Schultze=v. Lasaulx, BGB, 10. Aufl., § 705 Rdnr. 65; Erman-Schulze=Wenck, BGB, 7. Aufl., § 705 Rdnr. 28; Ulmer, in: MünchKomm, § 705 Rdnr. 145; Staudinger-Keßler, BGB, 12. Aufl., § 705 Rdnr. 83; a. A. Palandt-Thomas, BGB, 41. Aufl., § 718 Anm. 4b bb; Prediger, BB 1981, [245](#)). Der BGH hat für die KG entschieden, dass der Gesellschafter, der Inhaber einer "Drittgläubigerforderung" sei, seinen Anspruch grundsätzlich auch gegen einen persönlich haftenden Gesellschafter geltend machen könne (WM 1970, [280](#)). Für die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gilt nichts anderes.

Der Gesellschafter-Gläubiger, der seine Mitgesellschafter in Anspruch nimmt, muss sich aber seinen eigenen Verlustanteil anrechnen lassen. Auch diese Auffassung hat bereits das RG vertreten (RGZ 85, [157 \(163\)](#); 153, [305 \(311\)](#)). Das Schrifttum ist inzwischen einhellig derselben Ansicht (vgl. die Nachw. bei Prediger, BB 1971, [245](#), und Walter, JuS 1982, [86](#)). Der BGH ist ihr nicht entgegengetreten (BGH, WM 1970, [280](#)). Sie ist deswegen gerechtfertigt, weil der in Anspruch genommene Gesellschafter unter Umständen wieder Ausgleichung von dem Gesellschafter-Gläubiger verlangen könnte und dieser deshalb dann, wenn er seinen eigenen Verlustanteil nicht berücksichtigt, etwas fordert, was er aufgrund seines Beteiligungsverhältnisses möglicherweise zurückgeben müsste. Der Forderung des Teils, der seinem Verlustanteil entspricht, steht deshalb wegen der Möglichkeit einer Rückforderung die Einrede der Arglist entgegen.

Zu Fol. 32

BGH NZG 2008, 508 Rn. 37 f.

Aus den Gründen:

[37]c) In besonders gelagerten Konstellationen ist allerdings die Prozessführungsbefugnis einzelner Gesellschafter darüber hinaus zu bejahen. Dies ist der Fall, wenn der kl. Gesellschafter ein berechtigtes Interesse an der Geltendmachung der Forderung im eigenen Namen hat, eine Klage im Namen der Gesellschaft aus gesellschaftswidrigen Gründen unterblieben ist und der

verklagte Gesellschaftsschuldner an dem gesellschaftswidrigen Verhalten des die Gesellschaftsklage ablehnenden Mitgesellschafters beteiligt ist (z.B.: BGHZ 39, 14 [16] = NJW 1963, 641; BGHZ 102, 152 [154f.]; *BGH*, NJW 2000, 734).

[38]Das BerGer. hat bei der Zulässigkeitsprüfung „erhebliche Anhaltspunkte“ für das Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen einer Prozessführungsbefugnis ausreichen lassen. Es hat im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung insbesondere offengelassen, ob der Mitgesellschafter *H M* seine Mitwirkung aus sachgerechten Gründen verweigert, weil dem behaupteten Rückforderungsanspruch wirksame Nachtragsvereinbarungen entgegenstehen, und ob der Mitgesellschafter dem Kl. einen durch gefälschte Verträge unrechtmäßig erlangten Vermögensvorteil zum Nachteil der Bekl. zu 1 und 2 erhalten will. Dies genügt nicht, um die Prozessführungsbefugnis zu bejahen. Vielmehr müssen deren Voraussetzungen positiv feststehen (*BGH*, NJW 2000, 738; *Zöller/Vollkommer*, ZPO, 26. Aufl., Vor § 50 Rdnrn. 19, 47a; vgl. auch BGHZ 100, 217 [219] = NJW 1987, 2018). Anderenfalls ist die Klage durch Prozessurteil abzuweisen (*BGH*, NJW 2000, 738 [739]; *Zöller/Vollkommer*, Vor § 50 Rdnr. 19