

Gesellschaftsrecht

von

Prof. Dr. Ingo Saenger

2. Auflage

Gesellschaftsrecht – Saenger

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Gesamtdarstellungen

Verlag Franz Vahlen München 2013

Verlag Franz Vahlen im Internet:

www.vahlen.de

ISBN 978 3 8006 4542 8

tene Vermögensnachteile, die ein Gesellschafter unmittelbar durch seine Geschäftsführung erleidet oder aus Gefahren, die mit dieser untrennbar verbunden sind. Geschäftsführung meint in diesem Fall nicht die organschaftliche nach §§ 114 ff. HGB, sondern jede Geschäftsbesorgung für die Gesellschaft, auch die durch einen nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschafter.⁶⁵³ Zieht sich ein Gesellschafter also bei seiner gesellschaftsvertraglich zugewiesenen Tätigkeit Personen-, Sach- oder Vermögensschäden zu, kann er diese nach § 110 HGB ersetzt verlangen. Dagegen scheidet ein Anspruch auf Schmerzensgeld wegen seines immateriellen Charakters aus. Erforderlich ist freilich, dass der eingetretene Verlust unmittelbar mit der Geschäftsführung verbunden ist. Es muss sich um die Verwirklichung einer tätigkeitspezifischen Gefahr handeln.⁶⁵⁴ Nicht ersatzfähig sind deshalb Verluste, die bloß anlässlich der Tätigkeit für die Gesellschaft eintreten, aber faktisch lediglich Ausfluss des allgemeinen Lebensrisikos des Gesellschafters sind.⁶⁵⁵

Beispiel: Verletzt sich der geschäftsführende Gesellschafter A bei der ihm zugewiesenen Arbeit an einer Hebebühne, kann er die dabei erlittenen Schäden nach § 110 HGB ersetzt verlangen.

Der Anspruch aus § 110 HGB richtet sich allein gegen die Gesellschaft. Solange die OHG besteht, können die Mitgesellschafter grundsätzlich nicht auf Aufwendungsersatz in Anspruch genommen werden. Auch müssen sie nicht nach § 128 HGB für die Gesellschaftsverbindlichkeit aus § 110 HGB einstehen. Andernfalls käme es zu einer Umgehung des § 707 BGB, der eine Nachschusspflicht der Gesellschafter während des Bestehens der Gesellschaft ausschließt.⁶⁵⁶ Das gilt grundsätzlich auch, wenn der Betroffene nicht in der Lage ist, von der Gesellschaft Ersatz zu erlangen.⁶⁵⁷ Eine Ausnahme besteht allerdings, wenn ein Gesellschafter wegen einer Gesellschaftsverbindlichkeit nach § 128 HGB in Anspruch genommen worden ist (dazu ausführlich bei der GbR → Rn. 167).⁶⁵⁸ In diesem Fall stellt der Rückgriff bei den anderen Gesellschaftern keine nachträgliche Erhöhung der vereinbarten Einlage im Sinne des § 707 BGB dar. Vielmehr hätte der Gesellschaftsgläubiger ebenso gut bei den anderen Gesellschaftern Befriedigung nach § 128 HGB suchen können. Welchen Gesellschafter er in Anspruch nimmt, mag Zufall sein. Auch in diesem Fall folgt der Rückgriffsanspruch jedoch nicht aus § 128 iVm § 110 HGB, sondern aus § 426 I und II BGB aufgrund der Stellung der Gesellschafter als Gesamtgläubiger.⁶⁵⁹ Zulässig ist die Inanspruchnahme der Mitgesellschafter allerdings nur, wenn eine Befriedigung durch die Gesellschaft im konkreten Fall ausscheidet (Subsidiarität).⁶⁶⁰ Darüber hinaus kann jeder Gesellschafter auch nur anteilig (pro rata) in Höhe seiner Verlustbeteiligung (§ 121 III HGB) in Anspruch genommen werden.⁶⁶¹

653 Baumbach/Hopt/Hopt § 110 Rn. 12; EBJS/Goette § 110 Rn. 16.

654 EBJS/Goette § 110 Rn. 21; MüKoHGB/Langhein § 110 Rn. 18.

655 Baumbach/Hopt/Hopt § 110 Rn. 13; Röhricht/v. Westphalen/v. Gerkan/Haas § 110 Rn. 11.

656 BGHZ 37, 299 (301); MüKoHGB/Langhein § 110 Rn. 10.

657 BGHZ 37, 299 (301); KRM/Koller § 110 Rn. 3.

658 BGHZ 37, 299 (301); EBJS/Goette § 110 Rn. 29; weitergehend augenscheinlich BGH NJW 2011, 1730 (1731).

659 BGHZ 103, 72 (76); BGH NJW 1980, 339 (340) MüKoHGB/Langhein § 110 Rn. 10; aA bezüglich § 426 II BGB Gellings JuS 2012, 589 (592).

660 BGHZ 103, 72 (76); EBJS/Goette § 110 Rn. 29; Röhricht/v. Westphalen/v. Gerkan/Haas § 110 Rn. 4.

661 Baumbach/Hopt/Hopt § 128 Rn. 27; EBJS/Goette § 110 Rn. 29.

2. Teil. Personengesellschaften

In Fall d könnte sich ein Anspruch des A gegen die OHG auf Ersatz der entstandenen Schäden und auf Zahlung eines angemessenen Schmerzensgeldes aus § 110 I HGB ergeben. Unfallschäden stellen keine freiwilligen Vermögensopfer und damit keine Aufwendungen im Sinne des § 110 I Alt. 1 HGB dar. In den Schäden könnten aber Verluste zu sehen sein, die A aus Gefahren erlitten hat, die mit der Geschäftsführung unmittelbar verbunden sind, § 110 I Alt. 2 HGB. Die Schäden sind in einem unmittelbaren Zusammenhang mit einer Kundenfahrt und damit aufgrund einer tätigkeitsspezifischen Gefahr unfreiwillig entstanden. Es liegen mithin Verluste im Sinne des § 110 I Alt. 2 HGB vor. Nicht erfasst sind hingegen immaterielle Schäden, so dass die Zahlung eines Schmerzensgeldes ausscheidet.⁶⁶² A muss sich hinsichtlich der Unfallschäden auch nicht zuerst an D wenden, da § 110 HGB keine subsidiäre Haftung begründet.⁶⁶³ Demgegenüber scheidet eine Inanspruchnahme von B und C gem. § 128 HGB aus, da diese Bestimmung auf Sozialverbindlichkeiten grundsätzlich nicht anwendbar ist.

278 d) Die *Gewinn- und Verlustverteilung* in der OHG richtet sich nach §§ 120 f. HGB. Am Schluss jedes Geschäftsjahres wird aufgrund der Bilanz der Gewinn oder Verlust des Jahres ermittelt und für jeden Gesellschafter sein Anteil daran berechnet (§ 120 I HGB). Dabei bestehen Unterschiede zwischen der Gewinn- und der Verlustverteilung. Während *Verluste*, vorbehaltlich anderweitiger gesellschaftsvertraglicher Regelungen, unter den Gesellschaftern nach Köpfen aufgeteilt werden (§ 121 III Alt. 2 HGB), ist die Verteilung von Gewinnen an den jeweiligen Kapitalanteil der Gesellschafter geknüpft (§ 121 I, II HGB).

Der *Kapitalanteil* ist ein Posten in der Bilanz, der das Verhältnis der Beteiligungen der Gesellschafter am Wert des Gesellschaftsvermögens in einer bestimmten Geldgröße widerspiegelt.⁶⁶⁴ Neben der Gewinnverteilung ist der Kapitalanteil bedeutsam für das Entnahmerecht (§ 122 HGB) sowie für die Verteilung des Gesellschaftsvermögens im Fall der Auseinandersetzung (§ 155 HGB). Dabei entspricht der Kapitalanteil lediglich einer Rechnungsziffer.⁶⁶⁵ Damit unterscheidet er sich vom Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen.⁶⁶⁶ Weiterhin begründet der Kapitalanteil keine Forderung des Gesellschafters gegen die OHG oder umgekehrt.⁶⁶⁷ Verfügungen über den Kapitalanteil (zB Abtretung, Verpfändung) sind deshalb nicht möglich.⁶⁶⁸ Die Bildung des Kapitalanteils erfolgt für jeden Gesellschafter gesondert, in der Regel am Ende eines Geschäftsjahres. Dazu werden der ersten Einlage des Gesellschafters spätere Gewinnanteile sowie mögliche weitere Einlagen zugeschrieben und seine Verlustanteile sowie Entnahmen abgezogen (§ 120 II HGB). Möglich ist auch ein negativer Kapitalanteil, wenn die Verlustanteile und Entnahmen des Gesellschafters die Einlagen und Gewinnanteile übersteigen.⁶⁶⁹ Eine Nachzahlungspflicht entsteht in diesem Fall allerdings nicht.

662 Vgl. EBJS/Goette § 110 Rn. 18; MüKoHGB/Langhein § 110 Rn. 17; Kindler GK HandelsR/GesR § 11 Rn. 34a.

663 Baumbach/Hopt/Hopt § 110 Rn. 6; EBJS/Goette § 110 Rn. 28.

664 EBJS/Ehrcke § 120 Rn. 57; KRM/Koller § 120 Rn. 7; MüKoHGB/Priester § 120 Rn. 84.

665 RGZ 117, 238 (242); BGHZ 58, 316 (318); EBJS/Ehrcke § 120 Rn. 58; Oppenländer DStR 1999, 939 (940).

666 EBJS/Ehrcke § 120 Rn. 60; K. Schmidt GesR § 47 III (S. 1380 ff.).

667 BGH NJW 1999, 2438; MüKoHGB/Priester § 120 Rn. 87.

668 Baumbach/Hopt/Hopt § 120 Rn. 13; EBJS/Ehrcke § 120 Rn. 59; KRM/Koller § 120 Rn. 7.

669 KRM/Koller § 120 Rn. 7; MüKoHGB/Priester § 120 Rn. 88; Röhricht/v. Westphalen/v. Gerkan/Haas § 120 Rn. 12.

Beispiel: A und B gründen eine OHG. Während sich die Einlage von A auf 20.000 EUR beläuft, beteiligt sich B nur in Höhe von 10.000 EUR. Als Folge der vorhersehbaren Anlaufschwierigkeiten erwirtschaftet die OHG im ersten Geschäftsjahr einen Verlust von 10.000 EUR. Dies wirkt sich folgendermaßen auf die Kapitalanteile aus:

Kapitalanteil A: 20.000 EUR Einlage – 5.000 EUR Verlustanteil (§ 121 III) = 15.000 EUR

Kapitalanteil B: 10.000 EUR Einlage – 5.000 EUR Verlustanteil (§ 121 III) = 5.000 EUR

Der für das abgeschlossene Geschäftsjahr ermittelte Kapitalanteil bildet die Grundlage für die *Gewinnverteilung* unter den Gesellschaftern. Unterjährige Einlagen bzw. Entnahmen werden dabei anteilig berücksichtigt (§ 121 II HGB). So gebührt jedem Gesellschafter vom Jahresgewinn zunächst ein Anteil in Höhe von 4 % seines Kapitalanteils (§ 121 I HGB). Übersteigt der Jahresgewinn die Summe der auf diese Weise verteilten Gewinnanteile, wird der restliche Betrag in einem zweiten Schritt unter den Gesellschaftern nach Köpfen aufgeteilt (§ 121 III HGB). Der so ermittelte Gewinnanteil wird anschließend dem jeweiligen Kapitalanteil des Gesellschafters zugeschrieben (§ 120 II HGB). Eine unmittelbare Auszahlung findet mithin nicht statt. Diese ist vielmehr an die Voraussetzungen des Entnahmerechts gem. § 122 HGB gebunden.

Beispiel: Im darauf folgenden Jahr verbessert sich die Geschäftslage. Die OHG erwirtschaftet nun einen Gewinn in Höhe von 1.000 EUR. Das hat folgende Konsequenzen für die Kapitalanteile:

Kapitalanteil A: 15.000 EUR vom Vorjahr + 600 EUR (4% Anteil, § 121 I) + 100 EUR Gewinnanteil (§ 121 III) = 15.700 EUR

Kapitalanteil B: 5.000 EUR vom Vorjahr + 200 EUR (4% Anteil, § 121 I) + 100 EUR Gewinnanteil (§ 121 III) = 5.300 EUR

e) Vorbehaltlich anderweitiger gesellschaftsvertraglicher Regelungen ist jeder Gesellschafter berechtigt, unter den Voraussetzungen des § 122 HGB *Entnahmen* aus dem Gesellschaftsvermögen zu tätigen. Über ihren Wortlaut hinaus gilt diese Regelung nicht nur für die Entnahme von Geld aus der Gesellschaftskasse, sondern für sämtliche Vermögenszuwendungen der Gesellschaft an einen Gesellschafter.⁶⁷⁰ Hinsichtlich der Zulässigkeit von Entnahmen ist dabei zu differenzieren. So steht es zunächst jedem Gesellschafter frei, Entnahmen in Höhe von bis zu 4 % seines für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteils vorzunehmen (*gewinnunabhängiges Entnahmerecht*, § 122 I Alt. 1 HGB). Das gilt auch, wenn im vergangenen Geschäftsjahr ein Verlust erwirtschaftet wurde. Das Entnahmerecht deckt sich somit nicht zwangsläufig mit dem nach § 121 I HGB ermittelten Betrag. Beschränkungen des Entnahmerechts können sich zudem ausnahmsweise aus der gesellschaftlichen Treuepflicht ergeben.⁶⁷¹ Wurde das letzte Geschäftsjahr mit einem Gewinn abgeschlossen, können die Gesellschafter zusätzlich die Auszahlung ihres restlichen Gewinnanteils verlangen, soweit dieser den nach Alt. 1 gewährten Betrag übersteigt und die Auszahlung nicht zum Schaden der Gesellschaft gereicht (*gewinnabhängiges Entnahmerecht*, § 122 I Alt. 2 HGB). Das gilt auch, wenn ungeachtet des Gewinns ein negativer Kapitalanteil besteht.⁶⁷² Weitere Entnahmen sind dagegen ohne die Zustimmung der anderen Gesellschafter nicht zulässig (§ 122 II HGB). Beträge, die entgegen diesen Vorschriften entnommen werden, sind gem. § 111 I HGB zu verzinsen und an die

279

670 Baumbach/Hopt/Hopt § 122 Rn. 1; KRM/Koller § 122 Rn. 2.

671 BGHZ 132, 263 (276); Baumbach/Hopt/Hopt § 122 Rn. 9; Röhricht/v. Westphalen/v. Gerkan/Haas § 122 Rn. 6.

672 Baumbach/Hopt/Hopt § 122 Rn. 12; EBJS/Ebricke § 122 Rn. 35; MüKoHGB/Priester § 122 Rn. 26.

2. Teil. Personengesellschaften

Gesellschaft zurückzugewähren. Die Rückzahlung kann auch von einem einzelnen Gesellschafter nach den Grundsätzen der *actio pro socio* geltend gemacht werden.⁶⁷³ Wird das Entnahmerecht nicht oder nicht in vollem Umfang ausgeübt, erhöht sich der Kapitalanteil des betreffenden Gesellschafters, was sich positiv auf die Gewinnverteilung im Folgejahr auswirken kann (§ 121 I HGB).

In den oben beschriebenen Beispielen kann A folgende Entnahmen tätigen:

Beispiel 1: (Kapitalanteil 15.000 EUR): gewinnunabhängiges Entnahmerecht von 600 EUR (4 % Anteil); wegen des Verlusts kein weitergehendes Entnahmerecht ohne Zustimmung des B.

Beispiel 2: (Kapitalanteil 15.700 EUR): gewinnunabhängiges Entnahmerecht von 628 EUR (4 % Anteil); zusätzlich gewinnabhängiges Entnahmerecht in Höhe von 72 EUR.

3. Pflichten der Gesellschafter

280 a) Die strukturelle Ähnlichkeit zwischen OHG und GbR hat zur Folge, dass sich die *Pflichten der Gesellschafter im Innenverhältnis weitgehend entsprechen* (§ 105 III HGB). Das gilt namentlich für die Beitragspflicht, die gesellschaftliche Treuepflicht und das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (dazu bei der GbR → Rn. 132 ff., 136 ff., 112). Auch die Voraussetzungen für eine Haftung gem. § 280 BGB aufgrund von Pflichtverletzungen gegenüber der Gesellschaft sind grundsätzlich dieselben. Eine Besonderheit stellt hingegen die *Verzinsungspflicht* des § 111 HGB dar, nach welcher ein Gesellschafter, der seine Geldeinlage nicht zur rechten Zeit einzahlt oder entnommenes Gesellschaftsgeld nicht zur rechten Zeit an die Gesellschaftskasse abliefert oder unbefugt Geld aus der Gesellschaftskasse entnimmt, Zinsen zu entrichten hat. Der einschlägige Zinssatz ergibt sich aus § 352 II HGB und beträgt jährlich 5 %. Sollten darüber hinaus die Voraussetzungen des Verzugs gem. § 286 BGB gegeben sein, richtet sich der Zinssatz nach §§ 288 II, 247 BGB.⁶⁷⁴ Auch in prozessualer Hinsicht entspricht die Rechtslage weitgehend derjenigen bei der GbR. Insbesondere können die Grundsätze der *actio pro socio* bei der Geltendmachung von OHG-Ansprüchen gegen einen Gesellschafter ebenfalls herangezogen werden (ausführlich dazu bei der GbR → Rn. 165).

281 b) Eine spezielle Ausprägung der gesellschaftlichen Treuepflicht ist das *Wettbewerbsverbot*, das anders als bei der GbR in § 112 HGB ausdrücklich geregelt ist. Danach ist es den Gesellschaftern untersagt, ohne die Einwilligung der anderen Gesellschafter in dem *Handelszweig* der Gesellschaft eigene Geschäfte zu tätigen oder sich an einer anderen *gleichartigen Handelsgesellschaft* als persönlich haftender Gesellschafter zu beteiligen. Auf diese Weise soll der Gefahr entgegengewirkt werden, dass ein Gesellschafter seine Kenntnisse über die internen Angelegenheiten des Unternehmens und das damit verbundene Know-how zugunsten eines Konkurrenzbetriebs nutzt. Von ihrem Anwendungsbereich her ist die Regelung weit auszulegen.⁶⁷⁵ Die Grenzen des Wettbewerbsverbots sind vom konkreten Umfang der Geschäftstätigkeit der OHG (relevanter Markt) abhängig. Das gilt sowohl in sachlicher als auch in räumlicher Hinsicht.⁶⁷⁶ Dabei ist der sachlich relevante Markt (Handelszweig der Gesellschaft)

673 BGH WM 1967, 1099 (1101); MüKoHGB/Priester § 122 Rn. 45.

674 KRM/Koller § 111 Rn. 1; MüKoHGB/Langhein § 111 Rn. 15.

675 BGHZ 70, 331 (333); BGH WM 1957, 1128; MüKoHGB/Langhein § 112 Rn. 13.

676 MüKoHGB/Langhein § 112 Rn. 11; Röhricht/v. Westphalen/v. Gerkan/Haas § 112 Rn. 6 f.; Armbüster ZIP 1997, 261 (263).

grundsätzlich mit Blick auf den im Gesellschaftsvertrag festgelegten Zweck der OHG zu bestimmen.⁶⁷⁷ Geht die tatsächliche Geschäftstätigkeit der Gesellschaft über diesen hinaus oder bleibt sie dahinter zurück, kann dies allerdings eine Änderung der Reichweite des Wettbewerbsverbots nach sich ziehen.⁶⁷⁸ Neben dem Betrieb eines eigenen Unternehmens umfasst das Verbot des § 112 I Alt. 1 HGB auch Geschäfte zugunsten Dritter, beispielsweise als Handelsvertreter, GmbH-Geschäftsführer oder Vorstand einer AG.⁶⁷⁹ Das gilt auch für Gesellschafter, die von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind.

Auch über das Wettbewerbsverbot des § 112 I Alt. 1 HGB hinaus können die Gesellschafter dazu verpflichtet sein, bestimmte Geschäfte zu unterlassen. Das ergibt sich aus der *Geschäftschanzenlehre* (»corporate opportunities«), die eine spezielle Ausprägung der gesellschaftlichen Treuepflicht darstellt. Danach ist es den Gesellschaftern grundsätzlich untersagt, Geschäftschancen, die sich für die Gesellschaft ergeben, an sich zu ziehen und persönlich zu nutzen (vgl. das Beispiel zur GbR → Rn. 137).⁶⁸⁰ Das gilt auch, wenn das konkrete Geschäft an sich nicht in den Handelszweig der Gesellschaft fällt. Ob die Gesellschaft die Geschäftschance selbst genutzt hätte, ist insoweit grundsätzlich irrelevant.⁶⁸¹

Auch ist es den Gesellschaftern untersagt, sich an einer gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter zu beteiligen (§ 112 I Alt. 2 HGB). Nach seinem Wortlaut gilt dieses Verbot lediglich für andere *Handelsgesellschaften*, so dass unmittelbar nur die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter einer OHG, KG oder KGaA erfasst ist.⁶⁸² Mit Rücksicht auf den Zweck der Norm ist allerdings von einer entsprechenden Anwendbarkeit auch auf die Außen-GbR sowie ausländische Gesellschaftsformen mit unbeschränkter Gesellschafterhaftung auszugehen.⁶⁸³ Dagegen findet das Wettbewerbsverbot des § 112 I Alt. 2 HGB grundsätzlich keine Anwendung auf gesetzestypisch ausgestaltete Beteiligungen mit *beschränkter persönlicher Haftung* (insbesondere Kommanditisten).⁶⁸⁴ Etwas anderes kommt lediglich ausnahmsweise in Betracht, wenn die Rechtsmacht des Gesellschafters im Unternehmen weitgehend derjenigen eines persönlich haftenden angenähert ist.⁶⁸⁵ Besondere Bedeutung kommt insoweit den Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen sowie den sonstigen Einflussnahmemöglichkeiten des Kommanditisten, wie beispielsweise Stimm- oder Vetorechten, zu.

Schließlich fällt die Beteiligung an einer anderen Gesellschaft nur dann unter das Verbot des § 112 I Alt. 2 HGB, wenn es sich gegenüber der OHG um eine *gleichartige Gesellschaft* handelt. Dabei ist nach hM auf den Gegenstand der Geschäftstätigkeit abzustellen.⁶⁸⁶ Die Beteiligung an einer anderen Gesellschaft soll demnach nur verboten sein, wenn diese auch gleichartige Geschäfte wie die OHG betreibt. Demgegenüber geht eine andere Ansicht davon aus, dass sich die Gleichartigkeit nur auf die Gesellschaftsform als solche (OHG) ohne Rücksicht auf den konkreten Ge-

677 BGHZ 89, 162 (170); Schwerdtfeger/*Lebleiter* Kap. 4 HGB § 112 Rn. 7.

678 BGHZ 70, 331 (332); 89, 170; Baumbach/Hopt/Hopt § 112 Rn. 5.

679 BGH WM 1972, 1229 (1230); Röhricht/v. Westphalen/v. Gerkan/Haas § 112 Rn. 3.

680 BGH NJW 1986, 584; 1989, 2687; NJW-RR 1989, 1255; MüKoHGB/*Langbein* § 112 Rn. 16.

681 Baumbach/Hopt/Hopt § 109 Rn. 26; *Fleischer* NZG 2003, 985 (986 f.).

682 BGHZ 38, 306; Schwerdtfeger/*Lebleiter* Kap. 4 HGB § 112 Rn. 8.

683 BGHZ 70, 331 (334); Baumbach/Hopt/Hopt § 112 Rn. 6.

684 Baumbach/Hopt/Hopt § 112 Rn. 6; MüKoHGB/*Langbein* § 112 Rn. 17 f.

685 EBJS/*Goette* § 112 Rn. 14; Röhricht/v. Westphalen/v. Gerkan/Haas § 112 Rn. 8 f.

686 EBJS/*Goette* § 112 Rn. 14; MüKoHGB/*Langbein* § 112 Rn. 17; Röhricht/v. Westphalen/v. Gerkan/Haas § 112 Rn. 8; *Armbriüster* ZIP 1997, 261 (262 f.).

2. Teil. Personengesellschaften

schäftsgegenstand bezieht.⁶⁸⁷ Zum Schutz der Kreditgrundlage der OHG soll daher jede Beteiligung als unbeschränkt haftender Gesellschafter einer anderen Gesellschaft nach § 112 I Alt. 1 HGB unzulässig sein. Gegen dieses Verständnis spricht jedoch, dass das Tatbestandsmerkmal der Gleichartigkeit dann eigentlich entbehrlich wäre. Der Zusammenhang mit Alt. 1 spricht vielmehr dafür, dass die Norm insgesamt dem Schutz vor Wettbewerb durch einen Gesellschafter dienen soll. Die Beteiligung an einer anderen Gesellschaft ist mithin nur verboten, soweit diese gleichartige Geschäfte wie die OHG betreibt und in einem Wettbewerbsverhältnis zu dieser steht. Für die Gleichartigkeit gelten die Maßstäbe zum relevanten Markt folglich entsprechend.

Als eine das Innenverhältnis betreffende Vorschrift kann § 112 HGB von den Gesellschaftern grundsätzlich abbedungen oder modifiziert werden. So kann im Gesellschaftsvertrag geregelt werden, dass anstelle der Einwilligung aller Gesellschafter ein Mehrheitsbeschluss ausreichend ist. Ein Stimmrecht des Betroffenen besteht dann nicht.⁶⁸⁸ Auch kann die Dauer des Wettbewerbsverbots auf den Zeitraum nach dem Ausscheiden eines Gesellschafters ausgedehnt werden. An die inhaltliche Ausgestaltung eines solchen *nachvertraglichen Wettbewerbsverbots* sind allerdings mit Blick auf § 138 BGB strenge Anforderungen zu stellen. So setzt die Wirksamkeit grundsätzlich voraus, dass das Verbot auf das sachlich, örtlich und zeitlich erforderliche Maß beschränkt ist.⁶⁸⁹ Darüber hinaus kann sich eine Unwirksamkeit unter Umständen auch aus dem Kartellrecht ergeben.⁶⁹⁰

Kommt es zu einer Verletzung des Wettbewerbsverbots, kann die Gesellschaft den betreffenden Gesellschafter nach § 113 HGB alternativ auf Schadensersatz in Anspruch nehmen oder von ihm verlangen, dass er die für eigene Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der Gesellschaft getätigt gelten lässt (Eintrittsrecht). Voraussetzung der Inanspruchnahme ist jeweils ein entsprechender Beschluss der übrigen Gesellschafter. Macht die Gesellschaft von ihrem *Eintrittsrecht* Gebrauch, schuldet der Gesellschafter die Herausgabe der aus dem Geschäft gezogenen Gewinne abzüglich der von ihm gemachten Aufwendungen.⁶⁹¹ Auch etwaige Verluste muss die Gesellschaft in diesem Fall übernehmen.⁶⁹² Die Ausübung des Eintrittsrechts wirkt sich allerdings nur im Innenverhältnis der Gesellschaft aus. Gegenüber außenstehenden Dritten bleibt der Gesellschafter dagegen weiterhin Vertragspartei.⁶⁹³ Darüber hinaus kann der Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot auch andere gesellschaftsrechtliche Folgen nach sich ziehen, von der Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsmacht, über den Ausschluss des Gesellschafters bis hin zur Auflösung der Gesellschaft (§ 113 IV HGB).

In Fall e hat die OHG gegen A einen Schadensersatzanspruch aus § 113 I 1. Hs. HGB, wenn dieser schuldhaft gegen das Wettbewerbsverbot aus § 112 I HGB verstoßen hat. A ist als Geschäftsführer

687 *Kraft/Kreutz* GesR D II 1b (S. 182).

688 BGHZ 80, 69 (71); Schwerdtfeger/*Lehleiter* Kap. 4 HGB § 112 Rn. 9.

689 BGH NJW 1991, 699; MüKoHGB/*Langhein* § 112 Rn. 22; *Kindler* GK HandelsR/GesR § 11 Rn. 23; *Mayer* NJW 1991, 23 (24).

690 Insgesamt zum Verhältnis zwischen gesellschaftsrechtlichem Wettbewerbsverbot und Kartellrecht: BGHZ 38, 306 (312); 70, 331 (334); 89, 162 (169); 104, 246 (251); EBJS/*Goette* § 112 Rn. 35 ff.; *Armbriüster* ZIP 1997, 261 ff.

691 Baumbach/*Hopt* § 113 Rn. 2; KRM/*Koller* §§ 112, 113 Rn. 4.

692 EBJS/*Goette* § 113 Rn. 14; MüKoHGB/*Langhein* § 113 Rn. 8.

693 BGHZ 89, 162 (171); EBJS/*Goette* § 113 Rn. 10.

der K-GmbH im Handel mit kanzleispezifischem Büromaterial und damit in dem Handelszweig der OHG tätig geworden. Dabei erfasst das Tatbestandsmerkmal »Geschäfte machen« in § 112 I Alt. 1 HGB auch das Handeln im fremden Namen und somit die Position eines Geschäftsführers. Eine Einwilligung der anderen Gesellschafter B und C liegt nicht vor, von einem Verschulden des A ist auszugehen. Die OHG kann die ihr entstandenen Schäden (zB entgangener Gewinn, Verlust von Kunden) ersetzt verlangen.

Alternativ zum Schadensersatz können B und C von A verlangen, dass er die für die Tätigkeit als Geschäftsführer der K-GmbH bezogene Vergütung herausgibt oder seinen Anspruch auf die Vergütung abtritt (Eintrittsrecht, § 113 I 1. Hs. Alt. 1 HGB). Hierzu ist ein von B und C gefasster Beschluss erforderlich.

Obwohl nicht ausdrücklich in § 113 I HGB vorgesehen, kann die OHG weiterhin von A verlangen, dass er als Geschäftsführer der K-GmbH nicht mehr mit kanzleispezifischem Büromaterial handelt (Unterlassungsanspruch).

4. Beschlussfassung

Bestimmte Maßnahmen in der OHG erfordern eine gemeinsame Entscheidung der Gesellschafter in Form eines Gesellschafterbeschlusses. Maßgeblich ist dabei grundsätzlich das Einstimmigkeitsprinzip (§ 119 I HGB). Ein besonderes Verfahren existiert nicht. Auch außerhalb der Gesellschafterversammlung können Beschlüsse durch schriftliche Abstimmung oder mündliche Verständigung gefasst werden.⁶⁹⁴ Je nach Beschlussgegenstand hat die Beschlussfassung in unterschiedlicher Zusammensetzung zu erfolgen. So ist eine Reihe von Beschlüssen durch *alle Gesellschafter* gemeinsam zu treffen.⁶⁹⁵ Das gilt unter anderem für die Entscheidung über die Durchführung außergewöhnlicher Geschäftsführungsmaßnahmen (§ 116 II HGB), die einvernehmliche Auflösung der Gesellschaft (§ 131 Nr. 2 HGB), die Änderung des Gesellschaftsvertrags sowie die Vornahme sonstiger Grundlagengeschäfte (ausführlich dazu bei der GbR → Rn. 116, 155). In anderen Fällen kann ein Beschluss durch *alle geschäftsführenden Gesellschafter* herbeizuführen sein, so bei Vereinbarung der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis (§ 115 II HGB) oder bei der Bestellung eines Prokuristen (§ 116 III HGB) (→ Rn. 273b). Schließlich können bestimmte Maßnahmen auch von einem Beschluss *aller übrigen Gesellschafter*, dh aller mit Ausnahme des Betroffenen, abhängen. Das gilt etwa für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen einen Gesellschafter im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsverbot (§ 113 II HGB) sowie für die Klageerhebung zur Ausschließung eines Gesellschafters (§ 140 HGB) bzw. zur Entziehung seiner Geschäftsführungsbefugnis (§ 117 HGB) oder Vertretungsmacht (§ 127 HGB).

Gesetzlich nicht geregelt ist die Frage, in welchen Fällen ein eigentlich zur Entscheidung berufener Gesellschafter aufgrund eines Interessenkonflikts gegenüber der OHG von der *Beschlussfassung ausgeschlossen* ist. Einigkeit herrscht dabei lediglich dahingehend, dass ein Gesellschafter grundsätzlich nicht als »Richter in eigener Sache« an Beschlüssen mitwirken darf.⁶⁹⁶ Ergänzend lassen sich zudem andere gesetzliche Wertungen (§ 34 BGB, § 136 I AktG, § 47 IV GmbHG, § 43 VI GenG) teil-

694 MüKoHGB/Enzinger § 119 Rn. 40; Röhricht/v. Westphalen/v. Gerkan/Haas § 119 Rn. 2.

695 Zur Mitwirkung Dritter Saenger, Beteiligung Dritter bei Beschlussfassung und Kontrolle im Gesellschaftsrecht, 1990, S. 48 ff.

696 BGHZ 108, 21 (25); Baumbach/Hopt/Hopt § 119 Rn. 8; KRM/Koller § 119 Rn. 3; MüKoHGB/Enzinger § 119 Rn. 30; Beispiel bei Saenger/Scheuch JA 2012, 651 (657).

2. Teil. Personengesellschaften

weise für die OHG heranziehen.⁶⁹⁷ Ein Mitwirkungsverbot ist demgemäß insbesondere bei der Beschlussfassung über die Geltendmachung von Ansprüchen gegen einen Gesellschafter sowie dessen Entlastung oder seine Befreiung von einer Verbindlichkeit anzunehmen.⁶⁹⁸ Unzulässig ist ferner die Mitwirkung des Betroffenen an der Entscheidung über die Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen ihm und der Gesellschaft (zB Abschluss eines Kaufvertrags, Kündigung eines Mietvertrags).⁶⁹⁹ Im Hinblick auf etwaige Mängel im Rahmen der Beschlussfassung sowie das Stimmrecht der Gesellschafter, namentlich die Zulässigkeit von Stimmbindungsverträgen, gelten die für die GbR maßgeblichen Grundsätze entsprechend (insbesondere zu letzteren bei der GbR → Rn. 126).

Schließlich können die Regelungen über die Beschlussfassung durch den Gesellschaftsvertrag modifiziert werden. Das gilt etwa für die Zulassung von Mehrheitsbeschlüssen. Sind solche im Gesellschaftsvertrag vorgesehen, richtet sich die Mehrheit im Zweifel nach Köpfen, § 119 II HGB. Besondere Beachtung gilt in diesem Zusammenhang dem *Bestimmtheitsgrundsatz* (dazu bereits bei der GbR → Rn. 156). So müssen Mehrheitsklauseln hinreichend präzise erkennen lassen, auf welche Beschlussgegenstände sie sich erstrecken.⁷⁰⁰ Sieht der Gesellschaftsvertrag demgegenüber pauschal die Geltung des Mehrheitsprinzips vor, werden davon nur Beschlüsse erfasst, welche die laufenden Gesellschaftsgeschäfte betreffen.⁷⁰¹ Im Übrigen darf durch einen Mehrheitsbeschluss nicht in den *Kernbereich* der Mitgliedschaftsrechte eines Gesellschafters ohne dessen Zustimmung eingegriffen werden.⁷⁰²

IV. Außenverhältnis

Im Gegensatz zum Innenverhältnis bezeichnet man die Beziehungen zwischen der Gesellschaft bzw. ihren Gesellschaftern und außen stehenden Dritten als Außenverhältnis.

1. Entstehen im Außenverhältnis

283 Die Frage, zu welchem Zeitpunkt die OHG im Verhältnis zu Dritten wirksam entsteht, ist insbesondere für die Anwendbarkeit der §§ 124 ff. HGB von Bedeutung. Denn anders als im Verhältnis der Gesellschafter untereinander entsteht die OHG im Außenverhältnis nicht automatisch mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrags. Vielmehr wird sie gegenüber Dritten grundsätzlich erst mit der *Eintragung ins*

697 RGZ 136, 236 (245); EBJS/Goette § 119 Rn. 11; Röhricht/v. Westphalen/v. Gerkan/Haas § 119 Rn. 34.

698 BGHZ 97, 382; BGH NJW 1974, 1555 (1556).

699 RGZ 136, 236 (245); Baumbach/Hopt/Hopt § 119 Rn. 8; EBJS/Goette § 119 Rn. 12; Röhricht/v. Westphalen/v. Gerkan/Haas § 119 Rn. 35; gegen ein umfassendes Stimmverbot MüKoHGB/Enzinger § 119 Rn. 33; Hueck OHG § 11 III 2 (S. 171); Windbichler GesR § 14 Rn. 10; Schlegelberger/Martens § 119 Rn. 39; offen lassend BGHZ 48, 251 (256).

700 RGZ 91, 166 (168); 163, 385 (391); BGHZ 85, 350 (356); Baumbach/Hopt/Hopt § 119 Rn. 37; eingehend N. Heinrichs, Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften, 2006, 69 ff.

701 BGH NJW 1985, 2830 (2831); Baumbach/Hopt/Hopt § 119 Rn. 37; Röhricht/v. Westphalen/v. Gerkan/Haas § 119 Rn. 17.

702 BGHZ 20, 363 (369); BGH NJW 1985, 974; MüKoHGB/Enzinger § 119 Rn. 64; K. Schmidt GesR § 16 III 3b bb (S. 472); dazu bereits bei der GbR → Rn. 156.