

## Gesellschaftsrecht

Bearbeitet von  
Prof. Dr. Ingo Saenger

3. Auflage 2015. Buch. XXXVII, 689 S. Kartoniert

ISBN 978 3 8006 4975 4

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

Gewicht: 1003 g

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

Zu [Inhalts- und Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei



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

rung erleidet oder aus Gefahren, die mit dieser untrennbar verbunden sind. Geschäftsführung meint in diesem Fall nicht die organischfliche nach §§ 114 ff. HGB, sondern jede Geschäftsbesorgung für die Gesellschaft, auch die durch einen nicht geschäftsführenden Befugten Gesellschafter.<sup>81</sup> 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 nach § 253 II BGB wegen des immateriellen Charakters aus.<sup>82</sup> Erforderlich ist freilich, dass der eingetretene Verlust unmittelbar mit der Geschäftsführung verbunden ist. Es muss sich um die Verwirklichung einer tätigkeitsspezifischen Gefahr handeln.<sup>83</sup> Nicht ersatzfähig sind deshalb Verluste, die bloß anlässlich der Tätigkeit für die Gesellschaft eintreten, aber faktisch lediglich Ausfluss des allgemeinen Lebensrisikos des Gesellschafters sind.<sup>84</sup>

**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 Aufwendungserstattung 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.<sup>85</sup> Das gilt grundsätzlich auch, wenn der Betroffene nicht in der Lage ist, von der Gesellschaft Ersatz zu erlangen.<sup>86</sup> 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).<sup>87</sup> In diesem Fall stellt der Rückgriff bei den anderen Gesellschaftern keine nachträgliche Erhöhung der vereinbarten Einlage iSd § 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.<sup>88</sup> Zulässig ist die Inanspruchnahme der Mitgesellschafter allerdings nur, wenn eine Befriedigung durch die Gesellschaft im konkreten Fall ausscheidet (Subsidiarität).<sup>89</sup> Darüber hinaus kann jeder Gesellschafter auch nur anteilig (pro rata) in Höhe seiner Verlustbeteiligung (§ 121 III HGB) in Anspruch genommen werden.<sup>90</sup>

<sup>81</sup> Baumbach/Hopt/Roth HGB § 110 Rn. 12; EBJS/Bergmann HGB § 110 Rn. 16.

<sup>82</sup> MüKoHGB/Langhein § 110 Rn. 17; Baumbach/Hopt/Roth HGB § 110 Rn. 11; aA EBJS/Bergmann HGB § 110 Rn. 18.

<sup>83</sup> EBJS/Bergmann HGB § 110 Rn. 21; MüKoHGB/Langhein § 110 Rn. 18.

<sup>84</sup> Baumbach/Hopt/Roth HGB § 110 Rn. 13; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 110 Rn. 11.

<sup>85</sup> BGHZ 37, 299 (301); MüKoHGB/Langhein § 110 Rn. 10.

<sup>86</sup> BGHZ 37, 299 (301); KKRM/Kindler HGB § 110 Rn. 3.

<sup>87</sup> BGHZ 37, 299 (301); EBJS/Bergmann HGB § 110 Rn. 29; weitergehend augenscheinlich BGH NJW 2011, 1730 (1731).

<sup>88</sup> BGHZ 103, 72 (76); BGH NJW 1980, 339 (340) MüKoHGB/Langhein § 110 Rn. 10; aA bezüglich § 426 II BGB Gellings JuS 2012, 589 (592).

<sup>89</sup> BGHZ 103, 72 (76); EBJS/Bergmann HGB § 110 Rn. 29; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 110 Rn. 4.

<sup>90</sup> Baumbach/Hopt/Roth HGB § 128 Rn. 27; EBJS/Bergmann HGB § 110 Rn. 29.

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 iSd § 110 I Alt. 1 HGB dar. Denn im Grundsatz ist die Teilnahme am Straßenverkehr dem allgemeinen Lebensrisiko zuzuordnen,<sup>91</sup> so weit sich nicht im Einzelfall doch einmal tätigkeitsspezifische Risikolagen ergeben, etwa wenn ein Gesellschafter wegen äußerst dringender eilbedürftiger Geschäfte im Interesse der Gesellschaft zu einem riskantem Verhalten veranlasst wurde.<sup>92</sup> 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.<sup>93</sup> Es liegen mithin Verluste iSd § 110 I Alt. 2 HGB vor. Nicht erfasst sind hingegen immaterielle Schäden, sodass die Zahlung eines Schmerzensgeldes ausscheidet.<sup>94</sup> A muss sich hinsichtlich der Unfallschäden auch nicht zuerst an D wenden, da § 110 HGB keine subsidiäre Haftung begründet.<sup>95</sup> 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 §§ 120f. 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.<sup>96</sup> 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.<sup>97</sup> Damit unterscheidet er sich vom Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen.<sup>98</sup> Weiterhin begründet der Kapitalanteil keine Forderung des Gesellschafters gegen die OHG oder umgekehrt.<sup>99</sup> Verfügungen über den Kapitalanteil (zB Abtretung, Verpfändung) sind deshalb nicht möglich.<sup>100</sup> 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

91 Baumbach/Hopt/Roth HGB § 110 Rn. 13.

92 MüKoHGB/Langbein § 110 Rn. 19

93 EBJS/Bergmann HGB § 110 Rn. 23 unter der Voraussetzung, dass der Gesellschafter davon ausgehen konnte, die Besorgung so erledigen zu dürfen.

94 Vgl. MüKoHGB/Langbein § 110 Rn. 17; Kindler GK HandelsR/GesR § 11 Rn. 31; aA EBJS/Bergmann HGB § 110 Rn. 18.

95 Baumbach/Hopt/Roth HGB § 110 Rn. 6; EBJS/Bergmann HGB § 110 Rn. 28.

96 EBJS/Ebricke HGB § 120 Rn. 57; KKRM/Kindler HGB § 120 Rn. 7; MüKoHGB/Priester § 120 Rn. 84.

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

98 EBJS/Ebricke HGB § 120 Rn. 60; K. Schmidt GesR § 47 III (S. 1380ff.).

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

100 Baumbach/Hopt/Roth HGB § 120 Rn. 13; EBJS/Ebricke HGB § 120 Rn. 59; KKRM/Kindler HGB § 120 Rn. 7.

Entnahmen abgezogen (§ 120 II HGB). Möglich ist auch ein negativer Kapitalanteil, wenn die Verlustanteile und Entnahmen des Gesellschafters die Einlagen und Gewinnanteile übersteigen.<sup>101</sup> Eine Nachzahlungspflicht entsteht in diesem Fall allerdings nicht.

**Beispiel:** A und B gründen eine OHG. Während sich die Einlage von A auf 20.000 EUR beläuft, beteiligt sich B nur iHv 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 iHv 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 iHv 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.<sup>102</sup> Hinsichtlich der Zulässigkeit von Entnahmen ist dabei zu differenzieren. So steht es zunächst jedem Gesellschafter frei, Entnahmen iHv 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.<sup>103</sup> 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.<sup>104</sup> 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

279

<sup>101</sup> KKRM/Kindler HGB § 120 Rn. 7; MüKoHGB/Priester § 120 Rn. 88; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 120 Rn. 14.

<sup>102</sup> Baumbach/Hopt/Roth HGB § 122 Rn. 1; KKRM/Kindler HGB § 122 Rn. 2.

<sup>103</sup> Kindl/GesR § 15 Rn. 15.

<sup>104</sup> BGHZ 132, 263 (276); Baumbach/Hopt/Roth HGB § 122 Rn. 9; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 122 Rn. 6.

Gesellschaft gereicht (*gewinnabhängiges Entnahmerecht*, § 122 I Alt. 2 HGB). Das gilt auch, wenn ungeachtet des Gewinns ein negativer Kapitalanteil besteht.<sup>105</sup> 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 Gesellschaft zurückzugewähren. Die Rückzahlung kann auch von einem einzelnen Gesellschafter nach den Grundsätzen der *actio pro socio* geltend gemacht werden.<sup>106</sup> 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 iHv 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 Gleichbehandlungsgebot (dazu bei der GbR → Rn. 132ff., 136ff., 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 abliefer 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.<sup>107</sup> 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

<sup>105</sup> Baumbach/Hopt/Roth HGB § 122 Rn. 12; EBJS/Ehricke HGB § 122 Rn. 35; MüKoHGB/Priester § 122 Rn. 26.

<sup>106</sup> BGH WM 1967, 1099 (1101); MüKoHGB/Priester § 122 Rn. 45.

<sup>107</sup> KKRM/Kindler HGB § 111 Rn. 1; MüKoHGB/Langhein § 111 Rn. 15.

damit verbundene Know-how zugunsten eines Konkurrenzbetriebs nutzt. Von ihrem Anwendungsbereich her ist die Regelung weitauszulegen.<sup>108</sup> 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.<sup>109</sup> Dabei ist der sachlich relevante Markt (Handelszweig der Gesellschaft) grundsätzlich mit Blick auf den im Gesellschaftsvertrag festgelegten Zweck der OHG zu bestimmen.<sup>110</sup> 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.<sup>111</sup> 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.<sup>112</sup> 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 *Geschäftschancenlehre* (»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).<sup>113</sup> 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.<sup>114</sup>

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*, sodass unmittelbar nur die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter einer OHG, KG oder KGaA erfasst ist.<sup>115</sup> 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.<sup>116</sup> Dagegen findet das Wettbewerbsverbot des § 112 I Alt. 2 HGB grundsätzlich keine Anwendung auf gesetzestypisch ausgestaltete Beteiligungen mit *beschränkter persönlicher Haftung* (insbesondere Kommanditisten).<sup>117</sup> Etwas anderes kommt lediglich ausnahmsweise in Betracht, wenn die Rechtsmacht des Gesellschafters im Unternehmen weitgehend derjenigen eines persönlich haftenden angenähert ist.<sup>118</sup> 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 Ge-*

108 BGHZ 70, 331 (333); BGH WM 1957, 1128; MüKoHGB/Langhein § 11 Rn. 13.

109 MüKoHGB/Langhein § 11 Rn. 11; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 11 Rn. 6f.; Armbrüster ZIP 1997, 261 (263).

110 BGHZ 89, 162 (170); Schwerdtfeger/Lebleiter HGB § 11 Rn. 7.

111 BGHZ 70, 331 (332); 89, 170; Baumbach/Hopt/Roth HGB § 11 Rn. 5.

112 BGH WM 1972, 1229 (1230); Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 11 Rn. 5.

113 BGH NJW 1986, 584; 1989, 2687; NJW-RR 1989, 1255; MüKoHGB/Langhein § 11 Rn. 16.

114 Baumbach/Hopt/Roth HGB § 109 Rn. 26; Fleischer NZG 2003, 985 (986f.).

115 BGHZ 38, 306; Schwerdtfeger/Lebleiter HGB § 11 Rn. 8.

116 BGHZ 70, 331 (334); Baumbach/Hopt/Roth HGB § 11 Rn. 6.

117 Baumbach/Hopt/Roth HGB § 11 Rn. 6; MüKoHGB/Langhein § 11 Rn. 17f.

118 EBJS/Bergmann HGB § 11 Rn. 14; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 11 Rn. 8f.

sellshaft handelt. Dabei ist nach hM auf den Gegenstand der Geschäftstätigkeit abzustellen.<sup>119</sup> 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 Geschäftsgegenstand bezieht.<sup>120</sup> Zum Schutz der Kreditgrundlage der OHG soll danach 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 gleichartigen 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.<sup>121</sup> 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.<sup>122</sup> Darüber hinaus kann sich eine Unwirksamkeit unter Umständen auch aus dem Kartellrecht ergeben.<sup>123</sup>

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 gelassen (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.<sup>124</sup> Auch etwaige Verluste muss die Gesellschaft in diesem Fall übernehmen.<sup>125</sup> Die Ausübung des Eintrittsrechts wirkt sich allerdings nur im Innenverhältnis der Gesellschaft aus. Gegenüber außenstehenden Dritten bleibt der Gesellschafter dagegen weiterhin Vertragspartei.<sup>126</sup> Darüber hinaus kann der Ver-

119 EBJS/Bergmann HGB § 11 Rn. 14; MüKoHGB/Langhein § 11 Rn. 17; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 11 Rn. 8; Armbüster ZIP 1997, 261 (262f.).

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

121 BGHZ 80, 69 (71).

122 BGH NJW 1991, 699; MüKoHGB/Langhein § 11 Rn. 22; Kindler GK HandelsR/GesR § 11 Rn. 19; Mayer NJW 1991, 23 (24).

123 Insgesamt zum Verhältnis zwischen gesellschaftsrechtlichem Wettbewerbsverbot und Kartellrecht: BGHZ 38, 306 (312); 70, 331 (334); 89, 162 (169); 104, 246 (251); EBJS/Bergmann HGB § 11 Rn. 35ff.; Armbüster ZIP 1997, 261ff.

124 Baumbach/Hopt/Roth HGB § 113 Rn. 2; KKRM/Kindler HGB §§ 113 Rn. 4.

125 EBJS/Bergmann HGB § 113 Rn. 14; MüKoHGB/Langhein § 113 Rn. 8.

126 BGHZ 89, 162 (171); EBJS/Bergmann HGB § 113 Rn. 10.

stoß 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 Hs. 1 HGB, wenn dieser schuldhaft gegen das Wettbewerbsverbot aus § 112 I HGB verstoßen hat. A ist als Geschäftsführer 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 Hs. 1 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

282

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.<sup>127</sup> Je nach Beschlussgegenstand hat die Beschlussfassung in unterschiedlicher Zusammensetzung zu erfolgen. So ist eine Reihe von Beschlüssen durch *alle Gesellschafter* gemeinsam zu treffen.<sup>128</sup> 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

127 MüKoHGB/Enzinger § 119 Rn. 40; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 119 Rn. 2.

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

dahingehend, dass ein Gesellschafter grundsätzlich nicht als »Richter in eigener Sache« an Beschlüssen mitwirken darf.<sup>129</sup> Ergänzend lassen sich jedoch andere gesetzliche Wertungen (§ 34 BGB, § 136 I AktG, § 47 IV GmbHG, § 43 VI GenG) teilweise für die OHG heranziehen.<sup>130</sup> 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.<sup>131</sup> 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).<sup>132</sup> 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. Die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen unterliegt einer zweistufigen Kontrolle. Auf der ersten Stufe ist im Wege der Auslegung des Gesellschaftsvertrags nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln, ob der betreffende Beschlussgegenstand von der Mehrheitsklausel erfasst wird (formelle Legitimation).<sup>133</sup> Auf der zweiten Stufe erfolgt eine inhaltliche Überprüfung des Beschlusses (materielle Legitimation),<sup>134</sup> ob eine treupflichtwidrige Ausübung der Mehrheitsmacht gegenüber der Minderheit vorliegt. Bei Eingriffen in die individuelle Rechtsstellung eines Gesellschafters kommt es dabei maßgeblich darauf an, ob der Eingriff im Interesse der Gesellschaft geboten und dem betroffenen Gesellschafter unter Berücksichtigung seiner eigenen schutzwerten Belange zumutbar ist (→ Rn. 75).<sup>135</sup>

#### IV. Außenverhältnis

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

129 BGHZ 108, 21 (25); Baumbach/Hopt/Roth HGB § 119 Rn. 8; KKRM/Kindler HGB § 119 Rn. 3; MüKoHGB/Enzinger § 119 Rn. 30; Bsp. bei Saenger/Scheuch JA 2012, 651 (657).

130 RGZ 136, 236 (245); EBJS/Freitag HGB § 119 Rn. 15; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 119 Rn. 34.

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

132 RGZ 136, 236 (245); Baumbach/Hopt/Roth HGB § 119 Rn. 8; EBJS/Freitag HGB § 119 Rn. 21; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 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 HGB § 119 Rn. 39; offen lassend BGHZ 48, 251 (256).

133 BGHZ 203, 77 = NJW 2015, 859 (861) unter Aufgabe des früheren Bestimmtheitsgrundsatzes.

134 BGHZ 203, 77 = NJW 2015, 859 (861).

135 BGHZ 203, 77 = NJW 2015, 859 (861f.) in Abkehr von der sog. Kernbereichslehre.