

Handels- und Gesellschaftsrecht

Bearbeitet von
Prof. Dr. Günter H. Roth, Prof. Dr. Marc-Philippe Weller, Prof. Dr. Jens Prütting

9. Auflage 2016. Buch. Rund 460 S. Kartoniert
ISBN 978 3 8006 5294 5
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Handelsrecht, Wirtschaftsrecht > Handels- und Vertriebsrecht > Handelsrecht, HGB, Handelsvertreterrecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei


DIE FACHBUCHHANDLUNG

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.

Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag zusätzlich zu solchen Kapitalbeiträgen oder stattdessen auch noch *andere Verpflichtungen* übernehmen. Die praktisch wichtigste ist diejenige zur Erbringung von *Dienstleistungen*. Auf diese Weise kann ein Gesellschafter besondere Kenntnisse und Fähigkeiten in die Gesellschaft einbringen; § 706 III BGB bezeichnet eine solche Leistung ausdrücklich als Beitrag i. S. des § 705 BGB. 263

Auf diese Weise ist also auch ein gesellschaftlicher Zusammenschluss möglich, in dem ein Teil der Gesellschafter *keine Kapitalbeiträge* (Vermögenswerte, die in die Bilanz als Aktivposten eingehen) erbringt. Die Folge ist (in Ermangelung abweichender Vereinbarung),²¹⁵ dass auch der (noch zu erörternde) Kapitalanteil dieser Gesellschafter mit Null beginnt. All dies ist bei der GbR und OHG rechtlich durchaus zulässig, es zieht lediglich die praktische Notwendigkeit nach sich, für die Gewinn- und Verlustbeteiligung dann einen eigenen, von Kapitalanteilen unabhängigen Schlüssel festzulegen.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang: Hat sich das besondere Wissen und Können in *Patenten* o. ä. niedergeschlagen, so werden diese als vermögenswerte absolute Rechte, d. h. als Kapital eingebracht, und der Gesellschafter erhält einen entsprechenden Kapitalanteil gutgeschrieben. Das praktische Problem der zutreffenden Bewertung solcher Rechte ist dasselbe wie bei der Bewertung versprochener Dienstleistungen zum Zwecke der Festlegung eines angemessenen Gewinnverteilungsschlüssels.

Gewisse Schwierigkeiten bereitet die Frage, wem gegenüber die **Beitragspflicht** besteht. Der Beitrag soll der OHG zufließen und zusammen mit den anderen Kapitalbeiträgen deren erstes Gesellschaftsvermögen bilden. Deshalb ist es richtig, eine Verpflichtung *gegenüber der OHG* anzunehmen, die in deren Namen von den für sie Vertretungsberechtigten geltend gemacht werden kann. Anspruchsberechtigt ist hier nach ausschließlich die rechtlich verselbständigte Gesamthand; die Sozialansprüche sind Teil des Gesamthandvermögens. Andererseits verpflichten sich im OHG-Vertrag die Gesellschafter wechselseitig und untereinander und versprechen sich die Erfüllung schuldrechtlicher Verpflichtungen; jede Vertragspflicht besteht mithin auch *den anderen Gesellschaftern* gegenüber (vgl. § 705 BGB sowie zur Frage der Gegenseitigkeit i. S. d. § 320 BGB bereits oben Rn. 148f.). Deshalb ist es gerechtfertigt, auch dem einzelnen Gesellschafter einen eigenen (Individual-)Anspruch gegen die anderen beitragspflichtigen Gesellschafter *auf Leistung an die OHG* zuzuerkennen. Geht die OHG nicht selbst gegen den hinsichtlich seiner Beitragspflicht säumigen Gesellschafter vor (z. B. weil der säumige Gesellschafter der einzige für die OHG vertretungsberechtigte Gesellschafter ist und nicht gegen sich selbst vorgehen will), können andere Gesellschafter den aus dem Gesellschaftsvertrag resultierenden Anspruch auf Beitragsleistung *an die OHG* notfalls klageweise auch *im eigenen Namen* geltend machen (sog. **actio pro socio**).²¹⁶ Die actio pro socio findet ihre Rechtsgrundlage nach heute h. M. im Gesellschaftsvertrag und ist Ausfluss der Mitgliedschaft jedes einzelnen Gesellschafters. 264

Davon zu unterscheiden ist die wesentlich kompliziertere Frage, ob eine actio pro socio gegen einen Schuldner der OHG auch dann zulässig sein soll, wenn der klagebereite Gesellschafter persönlich am Grundgeschäft nicht beteiligt, der oder die vertretungsbefugten Gesellschafter aber nicht klagewillig sind. Es geht hier also um

215 S. hierzu das in Rn. 266 diskutierte Beispiel.

216 *Flume*, Juristische Person, § 8 V.

Ansprüche nicht aus dem Gesellschaftsvertrag (sog. Sozialansprüche), sondern aus einem beliebigen anderen *Rechtsgeschäft der OHG*. Dabei kann man dann weiter unterscheiden danach, ob der Schuldner ein Gesellschafter (aus einem anderen Rechtsgrund als dem Gesellschaftsverhältnis, z. B. Kauf) oder ein Dritter ist. U. E. kann man rechtspolitisch eine Klagebefugnis des einzelnen Gesellschafters immer dann befürworten, wenn ein Tätigwerden der zur Vertretung berufenen Organe wegen eines Interessenkonflikts nicht erwartet werden kann.²¹⁷

- 265 Zu weiteren Beiträgen über das im Gesellschaftsvertrag Vereinbarte hinaus, zu **Nachschüssen** also, sind die Gesellschafter auch dann nicht verpflichtet, wenn die Gesellschaft in wirtschaftliche Notlage gerät, §§ 707 BGB, 105 III HGB. Im praktischen Ergebnis läuft es freilich auf dasselbe heraus, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig wird und deren Gläubiger die unbeschränkte persönliche Haftung der Gesellschafter für Gesellschaftsschulden nach § 128 HGB ausnutzen.

3. Kapitalanteil, Beteiligung an Gewinn und Verlust

- 266 Jedem Gesellschafter steht grundsätzlich ein **Kapitalanteil** zu. Das spricht das Gesetz in den §§ 120–122 HGB aus. Der Kapitalanteil ist eine rechnerische Bezugsgröße, die den Wert der wirtschaftlichen Beteiligung eines Gesellschafters an der Gesellschaft im Verhältnis zu denjenigen der anderen Gesellschafter zum Ausdruck bringt. In der Bilanz ist das Eigenkapital der Gesellschaft in die Kapitalanteile (*Kapitalkonten*) der Gesellschafter aufgegliedert.

Wenn beispielsweise drei Gesellschafter A, B, C mit je 100.000 EUR Kapitaleinlage eine OHG gründen, so weist eine nach diesem Vorgang erstellte Bilanz auf der linken (Aktiv-)Seite 300.000 EUR in Kassenbeständen oder Bankguthaben, auf der rechten (Passiv-)Seite ein Eigenkapital in gleicher Höhe aus. Dieses Eigenkapital setzt sich aus drei Kapitalanteilen (des A, B und C) von je 100.000 EUR zusammen. Die Gesellschafter können allerdings auch Abweichendes vereinbaren. Wenn beispielsweise A und B je 150.000 EUR einbringen und C lediglich seinen guten Namen oder seine Geschäftskontakte, so betragen im Normalfall die Kapitalanteile des A und B 150.000 EUR, derjenige des C beginnt mit Null. Es steht aber einer Vereinbarung nichts entgegen, wonach auch in diesem Fall für jeden der drei Gesellschafter zu Beginn ein Kapitalanteil von 100.000 EUR ausgewiesen werden soll.

- 267 Die Kapitalanteile verändern sich im Laufe der Geschäftstätigkeit durch Gutschrift von Gewinnanteilen sowie Lastschrift von Verlustanteilen und Entnahmen (§ 120 II HGB). Der **Gewinn** und **Verlust** eines Jahres wird auf die Gesellschafter nach einem Schlüssel verteilt, der entweder im Gesellschaftsvertrag festgelegt ist oder andernfalls sich nach § 121 HGB bestimmt.

Die Regelung des § 121 HGB beschreitet einen eigenartigen Mittelweg zwischen der *Verteilung nach Köpfen* (Grundsatz bei der GbR, § 722 I BGB) und der *Verteilung nach Größe der Kapitalanteile* (Grundsatz bei den Kapitalgesellschaften, vgl. § 29 III GmbHG): Vom Gewinn wird ein Basisbetrag in Höhe von 4% des Eigenkapitals nach *Kapitalanteilen*, ein überschießender Gewinn ebenso wie ein Verlust nach *Köpfen* verteilt.

²¹⁷ Eingehender zur Problematik *Hadding*, Actio pro socio, 1966; *Flume*, Personengesellschaft, § 10 IV; *K. Schmidt*, GesR, § 21 IV 4, 7; s. zur Aktionärsklage Rn. 528.

Auch das Recht des Gesellschafters auf **Entnahmen** bestimmt sich in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag. Die dispositive Regelung des Gesetzes (§ 122 HGB) sieht vor, dass der Gesellschafter grundsätzlich seinen gesamten Gewinnanteil, mindestens aber einen Betrag in Höhe von 4 % seines Kapitalanteils pro Jahr entnehmen darf. Das Gesetz hat dabei den (Normal-)Fall im Auge, dass ein Gesellschafter aus seiner OHG-Beteiligung seine Existenz bestreiten muss und ihm seine Mitarbeit im Unternehmen nicht eigens vergütet wird. Die Gesellschafter können aber auch die letztgenannte Frage abweichend regeln. 268

Auf diese Weise können sich beispielsweise die drei 100.000 EUR-Anteile von A, B und C am Ende des ersten Geschäftsjahres wie folgt verändert haben. 269

	A	B	C
Anfangskapital	100.000	100.000	100.000
./. Entnahmen	5.000	12.000	–
+ Gewinn	20.000	20.000	20.000
	115.000	108.000	120.000

Durch solche Veränderungen kann ein Kapitalanteil auch einmal Null erreichen oder sogar *negativ* werden. Jedenfalls bleiben die Kapitalanteile absolut wie auch im Verhältnis zueinander nicht konstant. Das kann eine Gewinnverteilung nach Kapitalanteilen komplizieren. (Negative Kapitalanteile bleiben bei einer solchen Berechnung außer Ansatz.)

Häufig werden, um nicht jede Entnahme auf das Kapitalkonto durchschlagen zu lassen, neben den Kapitalkonten der Gesellschafter *Privatkonten* geführt. Über letztere wickelt man dann fortlaufend die Entnahmen ab, während die Kapitalkonten nicht oder allenfalls beim Jahresabschluss berührt werden; ein Übertrag von Gewinnanteilen oder Entnahmebeträgen füllt dann die Privatkonten wieder auf. Unzulässige Entnahmen, Darlehen an Gesellschafter, Vorschüsse u. ä. werden sowieso nicht vom Kapitalkonto abgebucht; sie müssen grundsätzlich auch verzinst werden (vgl. § 111 HGB).

Literatur: Grunewald, 1. B., Rn. 51 ff.; U. Huber, Vermögensanteil, Kapitalanteil und Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts, 1970; U. Huber, ZGR 1988, 1.

4. Geschäftsführung

a) Begriff, Befugnis

Für die **Willensbildung** im Unternehmen muss man zwei Arten von Angelegenheiten unterscheiden: Maßnahmen der Geschäftsführung und Grundlagenentscheidungen. 270

(1) *Geschäftsführung* ist im weitesten Sinne »jede auf die Verfolgung des Gesellschaftszwecks gerichtete Tätigkeit für die Gesellschaft« (Hueck, OHG, § 10 I). Innerhalb der Geschäftsführungsangelegenheiten hebt dann die Kompetenzverteilung des § 116 HGB die außergewöhnlichen von den gewöhnlichen ab.

(2) Den Gegenstand von *Grundlagenentscheidungen* bilden demgegenüber Fragen, die den Bestand der Gesellschaft oder das Verhältnis unter den Gesellschaftern betreffen, z. B. eine Änderung des Gesellschaftsvertrags, der Firma oder des Unternehmensgegenstands, die Auflösung der Gesellschaft, aber auch bereits die alljährliche Feststel-

lung der Bilanz und der Gewinn- und Verlustrechnung.²¹⁸ Zuständig für das Treffen von Grundlagenentscheidungen sind nicht die Geschäftsführer, sondern die Gesamtheit der Gesellschafter (Rn. 279). Allerdings kann die spätere Umsetzung eines Grundlagenbeschlusses, etwa die Veräußerung wesentlicher Unternehmensbestandteile, die Mitwirkung der Geschäftsführer notwendig machen.

- 271 Die Befugnis zur Geschäftsführung als Berechtigung (»Dürfen«) im *Innenverhältnis* muss von der **Vertretungsmacht** als Wirkungsvoraussetzung (»Können«) im *Außenverhältnis* sorgfältig unterschieden werden, steht aber in sachlichem Zusammenhang mit dieser. Das bedeutet, dass im Einzelfall stets Rechenschaft abzulegen ist, ob man es mit einer Fragestellung des Innen- oder des Außenverhältnisses zu tun hat, inhaltlich müssen aber die jeweiligen Regelungen beider Bereiche (seien es gesetzliche, seien es gesellschaftsvertragliche Regelungen) vernünftig aufeinander abgestimmt sein. Eingehend zu Vertretung und Vertretungsmacht in § 26.

Demgemäß tritt im Recht der **GbR** dem Grundsatz der *gemeinschaftlichen Geschäftsführung* (§ 709 BGB) derjenige der *Gesamtvertretung* gegenüber (§ 714 BGB). Dagegen korrespondiert im Recht der **OHG** mit der *Einzelgeschäftsführung* nach §§ 114 I, 115 I HGB folgerichtig die *Einzelvertretung* jedes Gesellschafters gemäß § 125 I HGB.

Trotzdem verbleibt ein gradueller Unterschied: Der durch die Befugnis zur Einzelgeschäftsführung abgedeckte Bereich ist weniger rigoros und starr abgesteckt als derjenige der Vertretungsmacht, welche sich auf rechtsgeschäftliches Handeln der OHG gemäß § 164 BGB im Außenverhältnis bezieht. Das erklärt sich unschwer von der jeweiligen Interessenlage her. Im Außenverhältnis verlangen die Interessen des Rechtsverkehrs vor allem Klarheit und Verlässlichkeit, im Innenverhältnis erlauben die Interessen des gerade geschäftsführend tätigen Gesellschafters sowie das allgemeine Interesse an Funktionsfähigkeit der Geschäftsführung schon weitergehende Abstriche im Interesse der nicht an der Geschäftsführungsmaßnahme Beteiligten. Dies schlägt sich in zweifacher Hinsicht nieder: in der sachlichen Eingrenzung und in einer generellen Abschwächung der Einzelgeschäftsführung.

b) Umfang der Einzelgeschäftsführung

- 272 Den Umfang der Geschäftsführungsbefugnis beschränkt § 116 I HGB auf einen Geschäftskreis, der durch den *gewöhnlichen* Betrieb *dieses speziellen* Unternehmens abgesteckt wird. Für Geschäfte, die aus dem gewöhnlichen Rahmen des Unternehmens der in Frage stehenden OHG fallen, tritt an die Stelle der Einzelgeschäftsführung die Gesamtentscheidung aller Gesellschafter durch Beschluss, § 116 II HGB. Die Abgrenzung ist nach den konkreten Verhältnissen des betreffenden Unternehmens zu treffen. Abs. 1 unterfallen in erster Linie, aber nicht nur, die typischen *Alltagsgeschäfte*; darüber hinaus ist nicht schon jedes seltene oder besonders riskante Geschäft ein außergewöhnliches i. S. v. Abs. 2 (vgl. auch Rn. 818 zu der wortgleichen Abgrenzung in § 54 HGB). Sondern es kommt darauf an, ob die Angelegenheit nach Inhalt und/oder Umfang aus dem für das Unternehmen gewöhnlichen Rahmen fällt. Andererseits darf der Begriff der außergewöhnlichen Angelegenheiten keinesfalls auf Grundlagenentscheidungen reduziert werden (s. oben); unter Abs. 2 fallen beispielsweise die Veräußerung

²¹⁸ Vgl. BGHZ 76, 338, 342; BGH ZIP 1996, 750.

wesentlicher Vermögensbestandteile, die Entscheidung für neuartige Geschäftstätigkeiten oder Finanzierungsformen, die Gründung von Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften etc.²¹⁹

Besonders herausgehoben ist in § 116 III HGB die **Prokura**, und zwar deswegen, weil deren Erteilung und Widerruf in etwa die Grenzlinie zwischen gewöhnlichen und außergewöhnlichen Handlungen markieren. Die Erteilung der Prokura muss grundsätzlich vom Willen aller geschäftsführenden Gesellschafter getragen sein; widerrufen darf sie jeder von ihnen allein. Diese Regelung kann zu Verständnisschwierigkeiten Anlass geben, und sie bietet andererseits ein anschauliches Beispiel für die Unterscheidung zwischen Innen- und Außenverhältnis, Geschäftsführung und Vertretung: Die Erteilung der Prokura (lesen Sie vorerst § 48 HGB) ist ein einseitiges Rechtsgeschäft der OHG gegenüber dem zukünftigen Prokuristen; mithin hat sie ein organschaftlicher Vertreter namens der OHG zu erklären und ist ihre Wirksamkeit eine Frage der Vertretungsmacht. Und dass auch insoweit der Grundsatz der Einzelvertretung gilt, besagt ausdrücklich § 126 I HGB. § 116 III HGB betrifft demgegenüber nur die Willensbildung im Innenverhältnis und damit die Rechtmäßigkeit eines Handelns mit Außenwirkung. Ernennet ein Gesellschafter auf eigene Faust einen Prokuristen, so ist dies – abgesehen von einem Missbrauch der Vertretungsmacht – wirksam, der Gesellschafter hat aber § 116 III HGB verletzt, und ein anderer Gesellschafter kann (§ 126 I mit § 52 I HGB) und darf (§ 116 III HGB) die Prokura jederzeit widerrufen (*Fall 20*, vor Rn. 236). Das Erfordernis des § 116 III HGB für die Erteilung einer Prokura, also die Herstellung einer breiteren Entscheidungsbasis im Innenverhältnis, liegt insofern auf derselben Ebene wie bei der GmbH dasjenige des § 46 Nr. 7 GmbHG.

273

Generell modifiziert § 115 I Hs. 2 HGB den Grundsatz der Einzelgeschäftsführung. Jeder geschäftsführende Gesellschafter kann jeder Geschäftsführungsmaßnahme eines Mitgesellschafters **widersprechen**. Der letztere ist dann verpflichtet, diese zu unterlassen. Auf das Außenverhältnis, also auf die Frage der *Vertretungsmacht*, strahlt ein solcher Widerspruch allerdings grundsätzlich *nicht* aus, wie § 126 II HGB klarstellt (Grundsatz der im Außenverhältnis **unbeschränkten und unbeschränkaren Vertretungsmacht**). Der Widerspruch muss zwangsläufig erhoben werden, *bevor* die fragliche Maßnahme vollzogen wird. Das wirft die dornige Frage auf, unter welchen Voraussetzungen ein Gesellschafter die Mitgesellschafter vor der Ergreifung von Geschäftsführungsmaßnahmen unterrichten muss, um die Ausübung des Widerspruchsrechts zu ermöglichen. Eine allgemeine Verpflichtung dieser Art wäre geeignet, die Funktionsfähigkeit der Einzelgeschäftsführung zu beeinträchtigen; andererseits wird man sie mindestens dann bejahen müssen, wenn die Missbilligung der beabsichtigten Maßnahme durch einen anderen Gesellschafter erwartet werden kann. Eine Missachtung des erhobenen Widerspruchs wie auch die Vereitelung eines rechtzeitigen Widerspruchs berechtigen den übergangenen Gesellschafter, die Maßnahme rückgängig zu machen und sich dabei nun auch über den Widerspruch des Mitgesellschafters hinwegzusetzen!

274

Beispiel: Während Gesellschafter A in Urlaub ist, entlässt Gesellschafter B die Sekretärin S, an der, wie er weiß, das Herz des A hängt. Als A zurückkommt, will er S wieder einstellen, doch B widerspricht. Nicht nur kann A kraft seiner Vertretungsmacht das trotzdem tun; er darf das

219 Weitere Beispiele bei *Windbichler*, § 13 Rn. 5.

auch, ohne Sorge tragen zu müssen, damit gegen § 115 HGB zu verstoßen. Anders aber, wenn eine sofortige fristlose Entlassung im Interesse der Gesellschaft geboten war.

- 275 Der **Widerspruch** ist nur beachtlich, wenn er konkrete Maßnahmen betrifft, und selbst dann kann er unter gewissen Umständen unbeachtlich sein, so insbesondere wenn die in Frage stehende Maßnahme von Rechts oder der Interessen der Gesellschaft wegen zwingend geboten ist oder der widersprechende Gesellschafter auf andere Weise pflichtwidrig handelt. Allerdings bedeutet das nicht, dass bei Meinungsverschiedenheiten zwischen zwei Gesellschaftern immer am Ende von Rechts wegen überprüft werden könnte, welche Auffassung die sachlich »bessere« ist, und diese dann die Oberhand behielte; sondern es muss den Gesellschaftern ein kaufmännischer Ermessensspielraum eingeräumt bleiben, und in dessen Rahmen behält dann jeweils der Widersprechende die Oberhand (Vetorecht).²²⁰

Beispiel: A befürwortet ein riskantes Geschäft, dem B ist das Risiko zu hoch. Das Geschäft muss unterbleiben.

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob das Veto des einzelnen Gesellschafters durch einen Gesellschafterbeschluss als gewissermaßen »höhere Instanz« aufgehoben werden kann, hierzu sogleich.

Die aus einem zulässigen Widerspruch folgende Verpflichtung kann im Wege der einstweiligen Verfügung durchgesetzt werden, § 935 ZPO. Gegen einen Widerruf der Prokura ist kein Widerspruch zulässig, § 116 III HGB insofern *lex specialis*.

c) Abweichende Gestaltungen

- 276 Der **Gesellschaftsvertrag** kann die Geschäftsführung abweichend regeln, und zwar kann er zum einen ebenso wie bei der Vertretungsmacht einzelne Gesellschafter hiervon *ausschließen* (§ 114 II HGB) oder *gemeinschaftliche* Geschäftsführung aller bzw. der übrigen Gesellschafter anordnen (hierzu näher § 115 II HGB mit Ausnahme bei »Gefahr im Verzuge«), zum anderen – anders als bei der Vertretungsmacht – *jede beliebige andere* Kompetenzverteilung, auch jede beliebige andere sachliche Eingrenzung der Geschäftsführungsangelegenheiten treffen. Der Grund für den letztgenannten Unterschied zur Vertretungsmacht ist wiederum das bei dieser vorrangige, bei der Geschäftsführung nicht angesprochene Schutzbedürfnis des Rechtsverkehrs. Aus demselben Grund werden Regelungen der Geschäftsführung auch nicht ins Handelsregister eingetragen.

Sogar eine Drittorganschaft wird im Innenverhältnis teilweise für zulässig erachtet,²²¹ was zu bedeuten hätte, dass die oberste Entscheidungsgewalt Dritten eingeräumt werden könnte, zum Vollzug (nach außen) dann aber weiterhin Gesellschafter befugt bleiben müssten und der Dritte insoweit allenfalls Prokura erhalten könnte. Die praktische Relevanz der Frage ist daher gering.

Die **Entziehung** der Geschäftsführungsbefugnis regelt § 117 HGB in sachlicher Übereinstimmung mit der Entziehung der Vertretungsmacht.

²²⁰ BGH WM 1985, 1316.

²²¹ Kraft/Kreutz, Gesellschaftsrecht, 2000, D II 1 c cc; a. A. dagegen BGHZ 36, 292; s. auch Windbichler, § 13 Rn. 4.

Wer im Gesellschaftsvertrag oder nach § 117 HGB von der Geschäftsführung ausgeschlossen wurde, hat auch das Widerspruchsrecht nach § 115 I nicht (mehr). Lediglich ein **Kontrollrecht** gibt ihm § 118 HGB. Das bedeutet praktisch, dass er das Unternehmen betreten und besichtigen sowie die Handelsbücher, die Korrespondenz und sonstige Papiere einsehen kann. Des Weiteren gelten die §§ 713, 666 BGB bezüglich der Pflicht zur Auskunft und Rechenschaft. § 118 I HGB ist nur zum Teil dispositiver Natur; »wenn Grund zu der Annahme unredlicher Geschäftsführung besteht«, ist die Regelung zwingend (Abs. 2). 277

5. Gesellschafterbeschlüsse

Fall 24: Der Gesellschaftsvertrag einer KG lässt »die Aufnahme neuer Gesellschafter, die Auflösung der Gesellschaft sowie sonstige Vertragsänderungen« mit Dreiviertelmehrheit zu. Die Gesellschafter beschließen gegen die Stimmen einer Minderheit von 24% eine Änderung dahingehend, dass in Zukunft Beschlüsse der vorgenannten Art mit Zweidrittelmehrheit gefasst werden können. Wirksam? (Lösungshinweise Rn. 308).

Der Gesellschafterbeschluss ist der Akt, in dem die Gesamtheit der Gesellschafter eine Entscheidung trifft. Er ist in allen Angelegenheiten der OHG zulässig; besondere Bedeutung gewinnt jedoch der engere Bereich, in dem es eines Gesellschafterbeschlusses zwingend *bedarf*, im Unterschied zu dem weiteren Bereich, in dem ein Gesellschafterbeschluss lediglich anstelle der Entscheidung durch einen einzelnen Gesellschafter *möglich* ist. 278

a) Anwendungsbereich

Erforderlich ist ein Gesellschafterbeschluss in allen Angelegenheiten, auf die sich die Entscheidungsbefugnis des *einzelnen* Gesellschafters nicht erstreckt, also zum einen in solchen Geschäftsführungsangelegenheiten, die nach Gesellschaftsvertrag (§ 116 II HGB) oder Gesetz (§ 116 III S. 1 HGB) nicht der Einzelgeschäftsführung unterliegen. Dabei kann allerdings – wenn nicht alle Gesellschafter an der Geschäftsführung beteiligt sind – ein weiterer Unterschied insofern auftreten, als teilweise nur *alle geschäftsführenden* Gesellschafter zuzustimmen brauchen (§§ 115 II, 116 III S. 1), während § 116 II HGB einen Beschluss *schlechthin aller* Gesellschafter verlangt. Zum anderen ist ein Beschluss durch die Gesamtheit der Gesellschafter nach den ungeschriebenen Vorstellungen des Gesetzgebers stets bei den oben erwähnten **Grundlagenentscheidungen** erforderlich (Rn. 270). 279

Ob die Gesamtheit der Gesellschafter darüber hinaus auch im sachlichen Bereich der Einzelgeschäftsführung (§ 116 I HGB) Angelegenheiten an sich ziehen und per Gesellschafterbeschluss entscheiden **kann**, gewinnt Bedeutung bei Meinungsverschiedenheiten unter geschäftsführenden Gesellschaftern, in denen ansonsten das Veto des Widersprechenden den Vorrang zu behalten hätte (siehe das Beispiel einer unterschiedlichen Risikobereitschaft der Gesellschafter, Rn. 275). Nach überwiegender Meinung bedeutet die *Einzelgeschäftsführungsbefugnis ein Vorrecht*, in das durch Weisung per Gesellschafterbeschluss *nicht* eingegriffen werden kann. Nun stellt sich freilich das Problem erst, wenn der Gesellschaftsvertrag in Abweichung von § 119 I HGB eine Beschlussfassung auch schon mit Stimmenmehrheit zulässt (hierzu sogleich). Dann aber erscheint es wenig überzeugend, dass dem einzelnen Gesellschafter in gewöhnlichen An- 280

gelegenheiten das Vetorecht gewährleistet sein müsse, welches er in außergewöhnlichen Angelegenheiten (§ 116 II HGB) nicht mehr hat! Schließlich ist wiederum klar, dass jegliche Garantie des Widerspruchsrechts dort ihre Grenze findet, wo selbst Vertragsänderungen betreffend die Geschäftsführungsbefugnis mit Mehrheit zulässig sind, weil die Einzelgeschäftsführung einschließlich des § 115 I Hs. 2 HGB zur Disposition des Gesellschaftsvertrags steht. Das Problem beschränkt sich also auf den Fall, dass der Gesellschaftsvertrag für »einfache« Beschlüsse eine Mehrheitsentscheidung genügen lässt und Vertragsänderungen nicht mit derselben Mehrheit möglich sind. Und hier sollte am Ende doch die Überlegung den Ausschlag geben, dass mit einer Auflösung der Pattsituation durch Gesellschafterbeschluss der Gesellschaft insgesamt am besten gedient ist. Das bedeutet, dass die Gesamtheit der Gesellschafter als höhere Instanz die originäre und allumfassende Entscheidungskompetenz besitzt.²²²

b) Beschlussfassung

- 281 Für die Entscheidung der Gesellschaftergesamtheit stellt das Gesetz in § 119 I HGB den Grundsatz der **Einstimmigkeit** auf, doch kann der Gesellschaftsvertrag statt dessen auch **Mehrheitsentscheidung**, und hier wiederum beliebige (qualifizierte) und beliebig abgestufte Mehrheiten, vorsehen. In diesem Fall bestimmt sich die Mehrheit grundsätzlich nach Köpfen (§ 119 II HGB), und zwar im Verhältnis zur Gesamtzahl der Gesellschafter,²²³ doch kann der Gesellschaftsvertrag auch eine Berechnung nach Kapitalanteilen oder einem anderen Schlüssel vorsehen, auch nach der Mehrheit der abgegebenen Stimmen.

Gleichgültig ist in beiden Fällen, wie der erforderliche Gesellschafterwille sich artikuliert. Abstimmung auf Gesellschafterversammlungen ist möglich, aber nicht geboten, vielmehr auch jede andere Kundgabe des Gesellschafterwillens zulässig und ausreichend, auch nachträgliche Genehmigung. Der Gesellschaftsvertrag kann allerdings insoweit ebenfalls abweichende Regelungen treffen, und unabhängig davon macht bei Mehrheitsbeschlüssen das Partizipationsinteresse des Einzelnen ein Mindestmaß an geordnetem **Verfahren** erforderlich, damit die Minderheitsmeinung sich wenigstens Gehör verschaffen kann.²²⁴ Bei den Kapitalgesellschaften sind solche Verfahrensgarantien gesetzlich verankert (vgl. die Kautelen für die Einberufung der GmbH-Gesellschafterversammlung sowie der Hauptversammlung, §§ 49ff. GmbHG, 121ff. AktG). Bei den Personengesellschaften fehlt dies, weil der Gesetzgeber wohl den Fall des einstimmigen Gesellschafterbeschlusses vor Augen hatte. Sobald aber Mehrheitsentscheidungen vorgesehen werden, gilt auch hier der Grundsatz, dass ein geordnetes Verfahren den Verlust des Vetorechts zu kompensieren hat; die Mehrheitsentscheidung bedarf mithin der »Legitimation durch Verfahren«.

c) Schutz des Mitspracherechts

- 282 Mit der Möglichkeit der **Mehrheitsentscheidung**²²⁵ ist die Frage angesprochen, inwieweit generell der Gesellschaftsvertrag Gesellschafterbeschlüsse von der Zustimmung

²²² Dass der Gesellschaftsvertrag das so vorsehen kann, ist unstrittig, siehe *BGH ZIP* 1988, 843.

²²³ *BGH ZIP* 1997, 859; Baumbach/Hopt/Hopt, § 119 Rn. 41.

²²⁴ Weipert, in: *MHdB GesR I*, 3. Aufl. 2009, § 57 Rn. 85ff. Für stille Gesellschaft als Publikumsgesellschaft *BGH NJW* 1998, 1946 = LM § 230 HGB Nr. 7 (Roth).

²²⁵ *Wiedemann*, FS Hopt, 2010, S. 1491ff.