

Gesellschaftsrecht

Bearbeitet von
Prof. Dr. Uwe Hüffer, Prof. Dr. Jens Koch

10. Auflage 2017. Buch. XXV, 483 S. Kartoniert
ISBN 978 3 406 70537 3
Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

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

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

schnell und portofrei erhältlich bei

**beck-shop.de**
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.

§ 12. Begriff und Errichtung der OHG

Beruhet die Qualifikation als OHG auf einer Wahlentscheidung der Gesellschafter nach §§ 2, 3, 105 II HGB, so sind sie daran nicht dauerhaft gebunden, sondern können sie rückgängig machen.²³ Das sieht § 2 S. 3 i.V.m.§ 105 II 2 HGB vor. Danach ist die Firma auf Antrag zu löschen, wenn das Unternehmen eine kaufmännische Betriebsorganisation nach wie vor nicht erfordert.

IV. Anmeldung und Eintragung in das Handelsregister

1. Die gemeinschaftliche Firma

Fall 3: Wie im Ausgangsfall (s. Fall 1) hat die Gesellschaft von vornherein den Zuschnitt eines Handelsgewerbes i.S. d.§ 1 II HGB. *Baka* und *Geiger* fragen, ob ihnen das Handelsrecht weitere Pflichten auferlegt, die sie vor der gemeinschaftlichen Weiterführung ihrer Geschäfte zu erfüllen haben. Des Weiteren bitten Sie um Auskunft, ab welchem Zeitpunkt das Recht der OHG für ihren Zusammenschluss beachtet werden muss.

Hinsichtlich der Frage nach weiteren Pflichten wurde das erste Erfordernis bereits angesprochen: Die Gesellschafter müssen sich auf eine gemeinsame Firma einigen, also auf einen Namen, unter dem sie künftig ihre Geschäfte betreiben wollen (§ 17 HGB).²⁴ Dabei sind die allgemeinen firmenrechtlichen Grundsätze der §§ 18 ff. HGB zu beachten, also die Grundsätze der Firmenwahrheit, Firmenunterscheidbarkeit und Firmeneinheit.²⁵ Die früher geltende Notwendigkeit, eine Personenfirma zu führen, ist hingegen entfallen; auch die (dem Unternehmensgegenstand entlehnte) Sachfirma und Phantasiebezeichnungen sind nunmehr zulässig.²⁶ Dagegen bedarf es nach § 19 I HGB zwingend eines Rechtsformzusatzes, der über die Gesellschaftsform Auskunft gibt, bei einer OHG also der Angabe „offene Handelsgesellschaft“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung (§ 19 I Nr. 2 HGB). Damit sollen dem Rechtsverkehr insbesondere die Haftungsverhältnisse der Gesellschaft offen gelegt werden.²⁷ Wird ein schon existentes Unternehmen in der Rechtsform einer OHG fortgeführt, so gelten die schwächeren Anforderungen der §§ 22, 24 HGB, die es dem neuen Inhaber eines Handelsgewerbes ermöglichen sollen, den mit der Firma verknüpften „good will“ für sich nutzbar zu machen, obwohl damit der Grundsatz der Firmenwahrheit beeinträchtigt wird.²⁸ Anders als früher ist jedoch auch bei der abgeleiteten Firma ein Rechtsformzusatz unabdingbar (§ 19 I HGB).

2. Anmeldung und Eintragung in das Handelsregister

Haben die Gesellschafter sich auf eine Firma geeinigt, so ist die OHG nach § 106 I HGB zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden; den Inhalt der Anmeldung gibt § 106 II HGB an. Gemäß § 108 I HGB muss sie von allen Gesellschaftern vorgenommen werden. Die Erfüllung dieser Pflicht ist von dem Registergericht durch Zwangsgelder durchzusetzen (§ 14 HGB; Verfahrensvorschriften in den §§ 388 ff. FamFG). Darüber hinaus sind die Gesellschafter kraft des Gesellschaftsvertrags auch einander verpflichtet, die Anmeldung vorzunehmen.

²³ Staub/*Oetker*, § 2 Rn. 16.

²⁴ Zu den Firmen von Personenhandelsgesellschaften nach dem Handelsrechtsreformgesetz *Jung*, ZIP 1998, 677 ff.

²⁵ Vgl. dazu statt aller *Canaris*, HandelsR, § 11.

²⁶ Ausführlich hierzu *K. Schmidt*, ZIP 1997, 909, 915.

²⁷ *Canaris*, HandelsR, § 11 Rn. 11.

²⁸ Vgl. zu diesem Normzweck Staub/*Burgard*, § 22 Rn. 3 f. Unter der Bezeichnung „good will“ versteht man den über den Sachwert eines Unternehmens hinausgehenden ideellen Wert, der sich u. a. durch das Ansehen des Unternehmens und seinen Kundenstamm bestimmt.

- 20 Ist die Anmeldung ordnungsgemäß erfolgt, wird das Registergericht die Eintragung in das Handelsregister vornehmen. Anders als bei den Körperschaften hat die Eintragung hier aber keine konstitutive Wirkung in dem Sinne, dass die Gesellschaft erst mit der Eintragung entsteht (vgl. zum Folgenden bereits § 2 Rn. 6 f. m. w. Nachw.).²⁹ Bei den Körperschaften ist eine solche Anordnung erforderlich, da ihre Gesellschafter nicht persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften. Zur Kompensation sieht das Gesetz hier andere Kautelen vor, namentlich den Aufbau eines Haftungsfonds bei den Kapitalgesellschaften. Um sicherzustellen, dass diese Kautelen beachtet wurden, bedarf es der hoheitlichen Beteiligung. Erst wenn das Registergericht mit der Eintragung die ordnungsgemäße Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften dokumentiert hat, soll der Rechtsverkehr mit der Gesellschaft konfrontiert werden. Die Eintragung hat deshalb hier konstitutive Wirkung. Bei den Personengesellschaften erübrigt die persönliche Haftung eine derartige Kontrolle. Die auch hier erforderliche Beteiligung des Registergerichts hat einen anderen Charakter. Sie soll dem Rechtsverkehr den Umgang mit den Gesellschaften erleichtern; die Existenz der Gesellschaft wird aber nicht an den Registereintrag geknüpft.³⁰
- 21 Auch wenn der registergerichtlichen Kontrolle demnach eine deutlich geringere Bedeutung als bei den Körperschaften zukommt, darf die tatsächliche Relevanz dieser Publizität nicht unterschätzt werden. Das gilt insbesondere, seit der Gesetzgeber das Handelsregister im Zuge des Gesetzes über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister von 10. November 2006 (EHUG) vollständig auf einen digitalen Betrieb umgestellt hat. Bis dahin wurde das Handelsregister als lokal verwurzelt Aktenarchiv in Papierform geführt, was den Anforderungen einer globalisierten Wirtschaftswelt nicht gerecht wurde.³¹ Mit der Einführung des elektronischen Handelsregisters ist es nunmehr möglich geworden, von jedem Ort und zu jeder Zeit Zugang zu den zentralen Unternehmensdaten (etwa eines potenziellen Vertragspartners) zu erlangen.³² Die Verlässlichkeit der abgefragten Daten wird durch die registergerichtliche Kontrolle und den flankierenden Gutgläubensschutz des § 15 HGB gewährleistet.³³

3. Entstehung der OHG im Innen- und Außenverhältnis

- 22 Die zweite in Fall 3 aufgeworfene Frage betrifft den Zeitpunkt, ab dem das OHG-Recht für die Gesellschaft Geltung beansprucht. Dazu wurde bereits festgestellt, dass dieser Zeitpunkt nicht zwingend durch die Registereintragung festgelegt wird. Seine genaue Bestimmung erweist sich bei der OHG aber als nicht unproblematisch: Zunächst ist zu unterscheiden, ob es um das Verhältnis der Gesellschafter zueinander (§§ 109 ff. HGB) oder um das Verhältnis der Gesellschaft zu Dritten (§§ 123 ff. HGB) geht. Ab wann die §§ 109 ff. HGB gelten, richtet sich allein nach dem im Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck gelangten Willen der Gesellschafter.³⁴ Da Au-

²⁹ Zum Begriff der konstitutiven und deklaratorischen Registereintragung vgl. Staub/J. Koch, § 8 Rn. 116 ff. Zu der mittlerweile abweichenden Rechtslage in Österreich, das sich dazu entschlossen hat, im Zuge einer großen Handelsrechtsreform von dem bisher auch dort geltenden deutschen Modell abzuweichen und der Registereintragung konstitutive Wirkung beizumessen, vgl. Schauer in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2008, Rn. 2/175; Krejci, ZHR 170 (2006), 113, 123 f.

³⁰ Zu dieser Form der registergerichtlichen Kontrolle vgl. Staub/J. Koch § 8 Rn. 2.

³¹ Vgl. nur Zöllner, NZG 2003, 354, 355: „vorsintflutlich“.

³² Vgl. zu dieser Entwicklung Staub/J. Koch, § 8 Rn. 6 ff.; Noack, FS Ulmer, 2003, S. 1245, 1258 f.

³³ Vgl. zu dieser Funktion Staub/J. Koch § 8 Rn. 1 f.

³⁴ Staub/Habersack, § 123 Rn. 2.

§ 12. Begriffs und Errichtung der OHG

außenstehende nicht betroffen sind, besteht kein Grund, der Disposition der Gesellschafter Grenzen zu setzen (so auch generell für das Innenverhältnis § 109 HGB – s. noch § 13 Rn. 4 f.).

Etwas anderes gilt bei Geschäften mit Dritten. Ihnen gegenüber wird die OHG nach § 123 I HGB entweder im Zeitpunkt der Eintragung (Abs. 1) oder mit der Aufnahme der Geschäfte (Abs. 2) wirksam, wobei die herrschende Meinung zum Schutz der Gesellschafter verlangt, dass diese Folge nur eingreift, wenn alle Gesellschafter dem Geschäftsbeginn ausdrücklich oder konkludent zugestimmt haben.³⁵ Die Gesellschafter haben also grundsätzlich zunächst die Möglichkeit, die Entstehung der OHG trotz des bereits erfolgten Abschlusses des Gesellschaftsvertrages nach hinten zu verschieben und damit das Eingreifen der strengen handelsrechtlichen Vorschriften zu vermeiden.³⁶ Sobald sie aber ihre Geschäfte tatsächlich aufnehmen oder sich in das Handelsregister eintragen lassen, müssen sie sich zum Schutz außenstehender Dritter als OHG behandeln lassen; eine entgegenstehende Vereinbarung ist nach § 123 III HGB unwirksam, auch wenn sie dem Dritten bekannt ist.³⁷ Die Bedeutung der Vorschrift ist geringer, als es auf den ersten Blick scheinen mag, da sie entgegen ihrem missverständlichen Wortlaut nicht dazu führt, dass bis zu dem hier festgelegten Entstehungszeitpunkt noch gar keine Gesellschaft existiert, sondern es werden zumeist mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages schon die Voraussetzungen einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts vorliegen. § 123 HGB bestimmt dann nur den Übergang zur OHG.³⁸ Da die BGB-Gesellschaft – namentlich in der Haftung – der OHG mittlerweile weitgehend angeglichen ist (s. § 7 Rn. 10 ff.), sind die Auswirkungen des § 123 HGB gering.³⁹

Eine Ausnahme von der in § 123 I HGB statuierten Regel enthält § 123 II, letzter Hs. HGB für die Fälle, in denen die Gesellschaft nicht schon aufgrund des Betriebs eines Handelsgewerbes nach § 105 I HGB zur OHG wird, sondern erst durch Eintragung nach §§ 2, 3, 105 II HGB (s. Rn. 12 ff.). Hier kommt der Eintragung ausnahmsweise doch konstitutive Wirkung zu, die nicht durch den Geschäftsbeginn ersetzt werden kann.⁴⁰

V. Zur Kaufmannseigenschaft der OHG und ihrer Gesellschafter

Fall 4: *Baka* und *Geiger* sind mittlerweile als „*Baka & Geiger* Immowelt OHG“ in das Handelsregister eingetragen und haben ihre Geschäfte aufgenommen. Als sie kurz vor einem wichtigen Geschäftsabschluss stehen, gerät ihr Kunde *Kort* in einen finanziellen Engpass. Um den Abschluss zu gewährleisten übernimmt *Baka* im Namen der Gesellschaft telefonisch eine Bürgschaft. Kann die Gesellschaft sich später auf das Fehlen der Schriftform berufen?

Baka hat die Gesellschaft nach § 164 I BGB wirksam vertreten. Er ist nach § 125 HGB zur Vertretung der OHG berechtigt (dazu sogleich unter § 13 Rn. 27 ff.) und hat in ihrem Namen gehandelt. Die demnach von der OHG abgegebene Bürgschaftserklärung könnte wegen Formmangels nach §§ 766, 125 S. 1 BGB nichtig

³⁵ Vgl. dazu etwa Baumbach/Hopt/Roth, § 123 Rn. 12; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann, § 123 Rn. 20; Staub/Habersack, § 123 Rn. 20; a. A. aber MüKoHGB/K. Schmidt, § 123 Rn. 10.

³⁶ Zur Funktion dieser Vorschrift und den Zweifeln an ihrer rechtspolitischen Berechtigung vgl. Staub/Habersack, § 123 Rn. 1.

³⁷ MüKoHGB/K. Schmidt, § 123 Rn. 12.

³⁸ Staub/Habersack, § 123 Rn. 1; K. Schmidt, § 11 IV 1b.

³⁹ Schöner Übungsfall beKindler, § 10 Rn. 56, 57.

⁴⁰ Vgl. auch Staub/Habersack, § 123 Rn. 8.

sein. § 766 BGB ist jedoch nicht anzuwenden, wenn sich die Übernahme der Bürgschaft unter § 350 HGB subsumieren lässt. Dazu muss die Übernahme ein Handelsgeschäft sein, also nach § 343 HGB das Geschäft eines Kaufmanns, das zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört. Gemäß § 6 I HGB finden auf die OHG die für Kaufleute geltenden Vorschriften Anwendung. Damit ist die erste Voraussetzung des § 343 HGB erfüllt. Die Übernahme der Bürgschaft gehört auch zum Betrieb eines Handelsgewerbes der OHG. Darunter sind nicht nur diejenigen Geschäfte zu verstehen, die unmittelbar den Unternehmensgegenstand charakterisieren, sondern alle, die dem Interesse des Unternehmens, der Erhaltung seiner Substanz und der Erzielung von Gewinn dienen sollen.⁴¹ Übernimmt die OHG die Bürgschaft für einen Kunden, dann geschieht dies, um den Kunden für das Unternehmen zu erhalten oder – wie hier – einen konkreten Geschäftsabschluss im Gesellschaftsinteresse zu fördern. Damit gehört ihre Übernahme zum Betrieb des Handelsgewerbes. Gemäß § 350 HGB ist die Bürgschaft also formlos gültig. Auf das Fehlen der Schriftform kann sich die OHG nicht berufen.

- 27 **Fall 5:** Wie viele die rechtliche Beurteilung aus, wenn *Baka* die Bürgschaftserklärung (s. Fall 4) nicht im Namen der Gesellschaft, sondern im eigenen Namen abgegeben hätte?
- 28 Die Lösung hängt davon ab, ob auch dem OHG-Gesellschafter Kaufmannseigenschaft zukommt. In der Rechtsprechung wird diese Frage zumeist mit der nicht weiter vertieften Begründung bejaht, dass die Gesellschafter einer OHG das Handelsgewerbe betreiben.⁴² Diese Sichtweise wird dem Charakter der OHG als selbstständiger, rechtsfähiger Wirkungseinheit aber nicht gerecht; spätestens mit der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft muss sie als überholt angesehen werden (§ 3 Rn. 3 ff.). Im Lichte dieser neueren Entwicklung betreiben auch bei den Personengesellschaften diese selbst – und nicht ihre Gesellschafter – das Handelsgewerbe (vgl. auch den Wortlaut des § 105 I HGB), so dass die §§ 343, 350 HGB nicht unmittelbar anwendbar sind.⁴³ Auch wenn man die Kaufmannseigenschaft der OHG-Gesellschafter daher verneint, so bleibt doch die Möglichkeit eines Analogieschlusses zu einzelnen auf Kaufleute zugeschnittenen Vorschriften. Eine solche Analogie liegt deshalb nahe, weil die rechtliche Bewertung nicht bei der formalen Trennung von Gesellschafter und Gesellschaft stehen bleiben kann, sondern auch dem Umstand Rechnung tragen muss, dass die OHG als Personengesellschaft gerade von ihren Gesellschaftern ausgefüllt, von diesen namentlich auch vertreten wird (Grundsatz der Selbstorganschaft –§ 2 Rn. 11 und § 6 Rn. 1, 4 und 11).⁴⁴
- 29 Untersucht man vor diesem Hintergrund die Analogiefähigkeit der §§ 343, 350 HGB, so gelangt man zu dem Schluss, dass die Annahme größerer Geschäftserfahrung und entsprechend geringerer Schutzbedürftigkeit,⁴⁵ auf denen diese Vorschriften beruhen, auch auf die geschäftsleitenden OHG-Gesellschafter übertragen

⁴¹ Baumbach/*Hopt*, § 343 Rn. 3; vgl. auch BGHZ 63, 32, 35 = NJW 1974, 1462: Lockerer Zusammenhang genügt.

⁴² BGHZ 34, 293, 296 f. = NJW 1961, 1022; BGHZ 45, 282, 284 = NJW 1966, 1960.

⁴³ So die mittlerweile ganz h.M. in der Literatur; vgl. Baumbach/*Hopt/Roth*, § 105 Rn. 22; Koller/*Kindler/Roth/Morck*, § 1 Rn. 23; MüKoHGB/*K. Schmidt*, § 1 Rn. 67; Staub/*Oetiker*, § 1 Rn. 67; Staub/*C. Schäfer*, § 105 Rn. 78; *Dauner-Lieb/Dötsch*, DB 2003, 1666, 1668; *Landwehr*, JZ 1967, 198, 199 ff.; a. A. *Röbricht/v. Westphalen/Haas*, § 1 Rn. 75.

⁴⁴ Für eine Analogiebildung im Einzelfall (nicht pauschal!) daher Baumbach/*Hopt/Roth*, § 105 Rn. 19, 22; Staub/*C. Schäfer*, § 105 Rn. 80 ff.; vgl. dazu auch Ebenroth/*Boujong/Joost/Strohn/Wertenbruch*, § 105 Rn. 148 ff.

⁴⁵ Vgl. dazu MüKoHGB/*K. Schmidt*, § 350 Rn. 1.

werden kann. Ein Analogieschluss ist demnach gerechtfertigt.⁴⁶ Gesellschafter, die von der Unternehmensführung ausgeschlossen sind, werden von dieser Analogie indes nicht erfasst.⁴⁷ Eine weitere Einschränkung ist nach zutreffender Auffassung dahingehend vorzunehmen, dass die Analogie nur dort gerechtfertigt ist, wo tatsächlich ein Bezug zur Geschäftstätigkeit der Gesellschaft anzunehmen ist.⁴⁸ Nur hier bewegt sich der Gesellschafter innerhalb des Kreises, den er für seine unternehmerische Betätigung abgesteckt hat. Verlässt er diesen Bereich, ist ein geringeres Schutzniveau nicht mehr gerechtfertigt. Für den hier zu entscheidenden Fall kommt es auf diese Frage nicht an, da *Baka* im wirtschaftlichen Sachzusammenhang mit seiner Gesellschafterstellung gehandelt hat. Auch er kann sich deshalb nicht auf das Formerfordernis berufen.

VI. Zusammenfassung

Die OHG ist eine besondere, auf die Bedürfnisse des Handelsverkehrs zugeschnittene Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Ihre Gesellschafter bilden eine organisierte Wirkungseinheit. Eine OHG liegt nur vor, wenn der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist (§ 105 I HGB). Ob ein Handelsgewerbe vorliegt, ist nach den §§ 1 bis 4 HGB zu beurteilen. Entgegen dem missverständlichen Wortlaut sind die Führung einer gemeinsamen Firma und das Fehlen einer Haftungsbeschränkung im Außenverhältnis keine Voraussetzungen der Gesellschaftsgründung, sondern ihre Rechtsfolgen. Ob die gewählte Firma zulässig ist, richtet sich nach den §§ 18 ff. HGB. Die Firma muss in jedem Falle einen Rechtsformzusatz enthalten. Die OHG muss zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden (§ 106 HGB). Gegenüber Dritten kommt es entweder auf den Zeitpunkt der Eintragung oder auf die Aufnahme der Geschäfte an (§ 123 HGB). Wird ein Handelsgewerbe betrieben, so ist der jeweils frühere Zeitpunkt maßgeblich; wird das Gewerbe erst durch die Eintragung zum Handelsgewerbe (§ 2 HGB), so ist auf diese abzustellen (§ 123 II HGB). Nach § 6 I HGB ist die OHG als Kaufmann zu behandeln. Auf die Gesellschafter kann diese Wertung nicht übertragen werden, da sie das Handelsgewerbe nicht selbst betreiben. Da Gesellschaft und Gesellschafter hier aber eng miteinander verwoben sind, kann bei einzelnen Vorschriften ein Analogieschluss zulässig sein.

30

§ 13. Geschäftsführung und Vertretung

Literatur: Vgl. zunächst die Angaben zu § 6; ergänzend *Helm/Wagner*, Fremdgeschäftsführung und Vertretung bei Personenhandelsgesellschaften, BB 1979, 225; *John*, Der Mißbrauch organschaftlicher Vertretungsmacht, FS Mühl, 1981, S. 349; *Otte*, Ausübung und Schranken der Informationsrechte in OHG, KG und GmbH, NZG 2014, 521.

I. Die Geschäftsführungsbefugnis

1. Einzel-, Allein- und Gesamtgeschäftsführung

Fall 1: *Stingl* und *Zwez* betreiben gemeinsam einen Handel mit Baustoffen in der Rechtsform der OHG. *Stingl* räumt einem Kunden für 100 cbm Kies einen Vorzugspreis ein. *Zwez* meint, die Gewährung von Preisnachlässen dürfe nur nach Abstimmung mit ihm geschehen. Hat er

1

⁴⁶ Baumbach/Hopt/Roth, § 105 Rn. 22; MüKoHGB/K. Schmidt, § 350 Rn. 10; Staub/C. Schäfer, § 105 Rn. 81; Wiedemann, GesR II, § 8 I 2; a. A. Oetker/Körber, § 1 Rn. 90, 117.

⁴⁷ Das gilt insbesondere für den Kommanditisten einer KG – s. noch § 20 Rn. 21 ff.

⁴⁸ Staub/C. Schäfer § 105 Rn. 81; K. Schmidt, ZIP 1986, 1510, 1516.

Recht, wenn der Gesellschaftsvertrag keine besonderen Regelungen hinsichtlich der Geschäftsführung und Vertretung trifft?

- 2 Auch hinsichtlich der Geschäftsführung und Vertretung kann aufgrund der parallelen Grundstruktur von BGB-Gesellschaft und OHG (§ 2 Rn. 1 ff.) zunächst an die zu §§ 705 ff. BGB gewonnenen Erkenntnisse angeknüpft werden. Wie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt auch die OHG durch die geschäftsführenden Gesellschafter als ihre Organe (§ 6 Rn. 1 f.). Wie dort betrifft die Geschäftsführung das Innenverhältnis, während es bei der Vertretung um das Außenverhältnis geht, also um die rechtsgeschäftlichen Beziehungen der OHG zu Dritten (§ 6 Rn. 5). Diese Unterscheidung hat das Gesetz bei der OHG deutlicher zum Ausdruck gebracht als bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, weil die Geschäftsführung im zweiten Titel: „Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander“ geregelt ist (§§ 114 bis 119 HGB), während die Vertretung ihren Platz im dritten Titel: „Rechtsverhältnis der Gesellschafter zu Dritten“ gefunden hat (§§ 125 bis 127 HGB).
- 3 Die für die BGB-Gesellschaft in §§ 709, 714 BGB grundsätzlich angeordnete Gesamtgeschäftsführungsbefugnis/Gesamtvertretung hat sich schon dort in vielen Fällen als zu schwerfällig erwiesen (§ 6 Rn. 9). Es liegt auf der Hand, dass dieses Modell für den Handelsverkehr erst recht ungeeignet ist und deshalb durch eine effizientere Regelung ersetzt werden muss. Für die Verteilung der Geschäftsführungsbefugnis gilt daher Folgendes: Nach § 114 I HGB sind alle Gesellschafter der OHG zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht (§§ 109, 114 II HGB). Die Geschäftsführung steht also nach der gesetzlichen Regelung allen Gesellschaftern zu. In charakteristischem Unterschied zu § 709 BGB stellt jedoch § 115 I HGB den Grundsatz der Einzelgeschäftsführung auf. Jeder Gesellschafter ist dazu befugt, ohne vorherige Abstimmung mit seinen Mitgesellschaftern die Geschäfte der Gesellschaft zu führen.
- 4 Diese gesetzliche Anordnung bindet die Gesellschafter allerdings nicht. Da die Geschäftsführungsbefugnis allein das Innenverhältnis der Gesellschafter betrifft, besteht kein Grund, sie innerhalb dieser Rechtsbeziehung zwingenden Beschränkungen zu unterwerfen. Gerade im kaufmännischen Bereich darf von den Beteiligten erwartet werden, dass sie über die nötige Erfahrung und Geschäftsgewandtheit verfügen, um ihre Rechtsbeziehungen untereinander eigenverantwortlich zu gestalten. Einer solchen Gestaltungsfreiheit bedarf es auch, um dem großen Facettenreichtum unternehmerischen Handelns gerecht zu werden; unterschiedliche Geschäftsmodelle erfordern oft auch unterschiedliche Organisationsstrukturen.¹
- 5 Deshalb ordnet § 109 HGB an, dass sich die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander vorrangig nach dem Gesellschaftsvertrag richten und §§ 110–122 HGB nur insoweit Anwendung finden, als nicht durch den Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist. Dass diese Gestaltungsfreiheit auch hinsichtlich der Verteilung der Geschäftsführungsbefugnis gilt, findet eine weitere Bestätigung in §§ 114 II, 115 II HGB, die ausdrücklich abweichende Modelle voraussetzen (ähnliche Gestaltung in §§ 710, 711 BGB – s. § 6 Rn. 10). § 114 II HGB behandelt den Fall, dass die Geschäftsführungsbefugnis einem Gesellschafter (Alleingeschäftsführung) oder mehreren Gesellschaftern übertragen ist, und ordnet für eine solche Gestaltung an, dass die übrigen Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen sind. § 115 II HGB sieht die Möglichkeit einer Gesamtgeschäftsführungsbefugnis vor, wie sie der gesetzlichen Regelanordnung bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts entspricht, in der Praxis bei der OHG aber nur selten gewählt wird.

¹ Vgl. auch *Windbichler*, § 13 Rn. 1.

Für die Lösung des Falles 1 ergibt sich daraus: *Stingl* und *Zwez* sind in Ermangelung einer vertraglichen Regelung nach §§ 114 I, 115 I HGB grundsätzlich jeder einzeln zur Geschäftsführung befugt. Allerdings könnte man Zweifel hegen, ob es in diesem Fall tatsächlich um die Geschäftsführungsbefugnis und nicht vielmehr um die Vertretungsmacht geht, da die Zuständigkeitsfrage schließlich hinsichtlich einer Maßnahme im Außenverhältnis gegenüber einem Kunden aufgeworfen wird. Eine solche Sichtweise würde aber verkennen, dass Geschäftsführungs- und Vertretungshandlungen nicht inhaltlich voneinander abgegrenzt werden können (vgl. dazu bereits § 6 Rn. 5). Der Abschluss eines Kaufvertrages im Namen der Gesellschaft etwa ist ohne weiteres beiden Kategorien zuzuordnen. Entscheidend ist, unter welchem Blickwinkel diese Handlung untersucht wird: Geht es um die rechtliche Zurechnung und Verbindlichkeit im Außenverhältnis, dann ist die Vertretungsmacht entscheidend. Wird dagegen – wie hier – nach der Befugnis im Innenverhältnis, nach dem Dürfen, gefragt, dann geht es um die Geschäftsführungsbefugnis. Da diese dem *Stingl* zusteht, durfte er den Preisnachlass auch im Innenverhältnis gewähren. Einer vorherigen Absprache mit *Zwez* bedurfte es nicht.

Fall 2: Wie muss *Stingl* sich verhalten, wenn *Zwez* von seiner Absicht vor Abschluss des Vertrags erfährt und erklärt, er sei mit dem Preisnachlass nicht einverstanden?

Die Einzelgeschäftsführungsbefugnis aller oder mehrerer Gesellschafter kann zu Kollisionen führen. Deshalb muss die Frage entschieden werden, ob sich der eine Geschäftsführer über den Willen des anderen hinwegsetzen darf oder ihm Rechnung zu tragen hat. Das Gesetz löst den Konflikt, indem es jedem geschäftsführenden Gesellschafter (nicht den von der Geschäftsführung ausgeschlossenen!) das Recht gibt, den geplanten Maßnahmen des anderen zu widersprechen. Erfolgt der Widerspruch, dann muss die Maßnahme nach § 115 I, 2. Hs. HGB unterbleiben. Auch dieses Instrument ist bereits aus dem Recht der BGB-Gesellschaft bekannt, nämlich aus § 711 BGB (§ 6 Rn. 10). Der Gesetzgeber hat es in das Recht der OHG übernommen mit der Folge, dass auch hier das Gesamtprinzip des § 709 BGB in abgeschwächter Form noch einen Ausdruck findet. *Stingl* darf also gegen den Widerspruch des *Zwez* den Preisnachlass nicht gewähren. Wenn ein Gesellschafter ohne Rücksicht auf den Widerspruch des anderen eine Maßnahme ergreift, handelt er pflichtwidrig und muss der OHG den daraus entstehenden Schaden nach § 280 I BGB ersetzen, sofern auch ein Verschulden vorliegt. Der Pflichtverstoß kann in gravierenden Fällen – nicht aber schon bei der hier gegebenen Streitigkeit über eine Einzelmaßnahme von geringer Bedeutung – auch ein wichtiger Grund für eine Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis (§ 117 HGB – Rn. 18 ff.), für eine Auflösung der Gesellschaft (§ 133 HGB – s. noch § 17 Rn. 7) oder die Ausschließung eines Gesellschafters (§ 144 HGB – s. noch § 18 Rn. 12) sein.

Der Widerspruch ist seinerseits Geschäftsführungsmaßnahme.² Ob der Gesellschafter widerspricht, steht deshalb nicht in seinem Belieben; er ist hier ebenso durch die Pflicht zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung gebunden wie wenn er eine positive Maßnahme treffen wollte. Pflichtwidrig im Sinne von treuwidrig (s. oben § 8 Rn. 7 ff.) handelt er dann, wenn sein Widerspruch nicht von dem Interesse der OHG, sondern von seinem Eigeninteresse bestimmt ist,³ wenn es ihm nur darum geht, den anderen Gesellschafter in seiner Geschäftsführung zu stören, insbesondere, wenn der Widerspruch unter streitenden Familiengesellschaftern als Blockademittel eingesetzt wird. Über den pflichtwidrig erklärten Widerspruch darf sich der ge-

² Staub/C. Schäfer § 115 Rn. 5.

³ BGH NJW 1986, 844; BGH ZIP 2002, 396, 398; Staub/C. Schäfer § 115 Rn. 7.

schaftsführende Gesellschafter hinwegsetzen. Will er das nicht oder ist der Widerspruch pflichtgemäß erfolgt, so kann die durch den Widerspruch entstandene Patt-Situation nur durch einen Beschluss aller geschäftsführenden Gesellschafter aufgelöst werden, wenn der Gesellschaftsvertrag nichts anderes vorsieht.

- 10 **Fall 3:** Im Gesellschaftsvertrag ist vorgesehen, dass *Stingl* und *Zwez* nur zusammen handeln können. Während des Urlaubs des *Zwez* entdeckt *Stingl*, dass der Buchhalter mehrere Schecks unterschlagen hat. Muss er mit der Entlassung des Buchhalters bis zur Rückkehr des *Zwez* warten?
- 11 Nach § 109 HGB ist für das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander in erster Linie der Gesellschaftsvertrag maßgeblich. *Stingl* und *Zwez* können also abweichend von §§ 114, 115 I HGB Gesamtgeschäftsführung vereinbaren mit der Folge, dass für jedes Geschäft die Zustimmung beider Gesellschafter notwendig ist (§ 115 II HGB). Mit der Entlassung des Buchhalters braucht *Stingl* jedoch nicht zu warten, wenn Gefahr in Verzug ist (§ 115 II HGB a. E.). Das lässt sich hier bejahen, weil die Gefahr droht, dass die Zweiwochenfrist des § 626 II BGB abläuft, und weil weitere Unterschlagungen des Buchhalters nicht ausgeschlossen werden können.⁴

2. Der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis

- 12 Ebenso wie bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist die Geschäftsführungsbefugnis auch bei der OHG stets in zwei Schritten zu prüfen. In einem ersten Schritt ist festzustellen, ob der Gesellschafter überhaupt zur Geschäftsführung befugt ist, um sodann in einem zweiten Schritt zu untersuchen, ob die konkrete Maßnahme von dieser Befugnis noch gedeckt ist.
- 13 **Fall 4:** *Stingl* will für die OHG (s. Fall 1) eine Beteiligung an dem Kieswerk *Voß & Söhne* erwerben und dafür 50.000 EUR aus Gesellschaftsmitteln aufwenden. Bedarf er dafür auch dann der Zustimmung des *Zwez*, wenn jeder Gesellschafter einzeln zur Geschäftsführung berufen ist?
- 14 Ist im Gesellschaftsvertrag Einzelgeschäftsführungsbefugnis vorgesehen, so ist *Stingl* grundsätzlich zur Geschäftsführung für die OHG befugt. Da *Zwez* der Maßnahme auch nicht im Vorfeld widersprochen hat (§ 115 I, 2. Hs. HGB), könnte seine Berechtigung also nur noch an dem Umfang der Geschäftsführungsbefugnis scheitern. Dieser ist in § 116 HGB geregelt. Nach § 116 I HGB erstreckt sich die Geschäftsführungsbefugnis auf alle Handlungen, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt. Für Maßnahmen, die darüber hinausgehen, ist nach § 116 II HGB die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter, also nicht nur der geschäftsführenden, erforderlich. Der Umfang der Geschäftsführungsbefugnis kann durch das Zusammenwirken nur der Geschäftsführer nicht erweitert werden, weil die vertraglichen Grundlagen der OHG betroffen sind. Aus dieser Vorschrift könnte sich die Notwendigkeit ergeben, die Zustimmung des *Zwez* auch hier einzuholen.
- 15 Über den gewöhnlichen Betrieb der OHG (§ 116 I HGB) gehen solche Geschäfte hinaus, die von dem vertraglich festgelegten, aus dem Unternehmensgegenstand ableitbaren Zweck der Gesellschaft nicht mehr gedeckt werden oder die wegen ihrer Bedeutung und der mit ihnen verbundenen Risiken Ausnahmecharakter tragen.⁵ Als

⁴ Von § 115 II HGB ist die Notgeschäftsführung analog § 744 BGB abzugrenzen, die auch dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter zustehen kann, wenn sein Eingreifen erforderlich ist, um Gegenstände zu erhalten, die zum Gesellschaftsvermögen gehören (s. bereits § 6 Rn. 9); vgl. *Windbichler*, § 13 Rn. 3.

⁵ BGHZ 76, 160, 164 = NJW 1980, 1463; Staub/C. *Schäfer* § 116 Rn. 11.