

Gesellschaftsrecht

Bearbeitet von
Von Prof. Dr. Ingo Saenger

4. Auflage 2018. Buch. XXXVIII, 705 S. Kartoniert
ISBN 978 3 8006 5652 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.

kreter Entziehungsgründe, bei denen es sich nicht zwingend um wichtige Gründe handeln muss. Auch kann die Klageerhebung von einem vorherigen Beschluss der Gesellschafter abhängig gemacht werden.

In prozessualer Hinsicht setzt die Zulässigkeit der Klage einen Antrag sämtlicher Gesellschafter, dh auch der nicht geschäftsführenden, mit Ausnahme des Beklagten voraus.⁷³ Es handelt sich dabei um eine notwendige Streitgenossenschaft nach § 62 I ZPO. Eine Pflicht zur Mitwirkung am Entziehungsverfahren kann sich im Einzelfall aus der gesellschaftlichen Treuepflicht ergeben.⁷⁴ Die Zustimmung des Klageunwilligen kann in diesem Fall im Wege der Leistungsklage erzwungen werden, wobei eine Verbindung mit der Entziehungsklage zulässig ist.⁷⁵

b) Um sicherzustellen, dass sich die Gesellschafter einen Überblick über die Angelegenheiten der Gesellschaft verschaffen können, gewährt ihnen § 118 I HGB ein umfassendes *Informations- und Kontrollrecht* gegenüber der Gesellschaft bzw. ihrem Geschäftsführer. Vor dem Hintergrund der unbeschränkten persönlichen Haftung ist dies vor allem für die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter von erheblicher Bedeutung.⁷⁶ Gegenstand des Informationsrechts ist insbesondere die Einsicht in die Handelsbücher und Papiere der Gesellschaft. Zu diesem Zweck ist den Gesellschaftern Zugang zu den Geschäftsräumen der OHG sowie zu den entsprechenden Unterlagen zu gewähren. Zulässig ist die Anfertigung von Kopien oder Abschriften, soweit nicht berechtigte Interessen der Gesellschaft entgegenstehen.⁷⁷ Ein besonderes Interesse an der Information ist nicht erforderlich. Grenzen bei der Ausübung des Rechts können sich wiederum aus der gesellschaftlichen Treuepflicht ergeben. Über die Einsichtnahme hinaus besteht ein individuelles Auskunftsrecht des einzelnen Gesellschafters gegenüber den Geschäftsführern in der Regel nicht.⁷⁸ Eine Ausnahme kann lediglich gelten, wenn die erforderlichen Angaben nicht aus den schriftlichen Unterlagen ersichtlich sind und sich der Gesellschafter ohne die Auskunft keine Klarheit über die Angelegenheiten der Gesellschaft zu verschaffen vermag.⁷⁹ Eine Beschränkung des Informationsrechts im Gesellschaftsvertrag ist zulässig, soweit sich diese nicht auf den Fall der unredlichen Geschäftsführung erstreckt (§ 118 II HGB).

c) Macht ein Gesellschafter in Gesellschaftsangelegenheiten Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, kann er hierfür von der Gesellschaft nach § 110 HGB *Aufwendungersatz* verlangen. Dies gilt auch für die von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter. Der Begriff der *Aufwendung* umfasst dabei sämtliche Vermögensopfer, die ein Gesellschafter im Interesse der Gesellschaft auf sich nimmt, ohne dazu aufgrund seiner Beitragspflicht verpflichtet zu sein.⁸⁰

Beispiel: Erfasst werden etwa die Fahrtkosten zu einem Kunden der Gesellschaft.

73 Vgl. insoweit auch die Ausführungen zu § 127 HGB und § 140 HGB; dazu → Rn. 287 und 316.

74 BGHZ 64, 253 (257); 68, 81 (82); EBJS/Drescher HGB § 117 Rn. 16.

75 BGHZ 68, 81 (84); MüKoHGB/Jickeli § 117 Rn. 64.

76 Zur Zulässigkeit der Drittbe teiligung bei der Ausübung des Kontrollrechts *Saenger*; Beteiligung Dritter bei Beschlussfassung und Kontrolle im Gesellschaftsrecht, 1990, 68ff.

77 Baumbach/Hopt/Roth HGB § 118 Rn. 6; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 118 Rn. 13.

78 Allerdings schulden die geschäftsführenden Gesellschafter persönlich der Gesamtheit der übrigen Gesellschafter Nachricht, Rechenschaft und auf Verlangen Auskunft, §§ 666, 713 BGB, § 105 III HGB. Der einzelne Gesellschafter kann dieses Recht nach den Grundsätzen der *actio pro socio* (→ Rn. 165) für die Gesellschaft geltend machen; vgl. EBJS/Drescher HGB § 118 Rn. 41; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 118 Rn. 19.

79 BGH WM 1972, 1121 (1122); 1983, 910 (911); NJW 1988, 556; Baumbach/Hopt/Roth HGB § 118 Rn. 7.

80 MüKoHGB/Langhein § 110 Rn. 11; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 110 Rn. 7f.

Auch können die Gesellschafter nach § 110 HGB bei der OHG Rückgriff nehmen, wenn sie von einem Gesellschaftsgläubiger nach § 128 HGB in Anspruch genommen worden sind.⁸¹ Erstattungsfähig sind darüber hinaus *Verluste*, also unfreiwillig erlittene 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 §§ 114ff. HGB, sondern jede Geschäftsbesorgung für die Gesellschaft, auch die durch einen nicht geschäftsführungsbefugten Gesellschafter.⁸² 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.⁸³ Erforderlich ist freilich, dass der eingetretene Verlust unmittelbar mit der Geschäftsführung verbunden ist. Es muss sich um die Verwirklichung einer tätigkeitsspezifischen Gefahr handeln.⁸⁴ Nicht ersatzfähig sind deshalb Verluste, die bloß anlässlich der Tätigkeit für die Gesellschaft eintreten, aber faktisch lediglich Ausfluss des allgemeinen Lebensrisikos des Gesellschafters sind.⁸⁵

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.⁸⁶ Das gilt grundsätzlich auch, wenn der Betroffene nicht in der Lage ist, von der Gesellschaft Ersatz zu erlangen.⁸⁷ 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).⁸⁸ 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.⁸⁹ Zulässig ist die Inanspruchnahme der Mitgesellschafter allerdings nur, wenn eine Befriedigung durch die Gesellschaft im konkreten

81 BGHZ 37, 299 (302); 39, 319 (324); 76, 127 (130); KKRM/Kindler HGB § 110 Rn. 3.

82 Baumbach/Hopt/Roth HGB § 110 Rn. 12; EBJS/Bergmann HGB § 110 Rn. 16.

83 MüKoHGB/Langhein § 110 Rn. 17; Baumbach/Hopt/Roth HGB § 110 Rn. 11; aA EBJS/Bergmann HGB § 110 Rn. 18.

84 EBJS/Bergmann HGB § 110 Rn. 21; MüKoHGB/Langhein § 110 Rn. 18.

85 Baumbach/Hopt/Roth HGB § 110 Rn. 13; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 110 Rn. 11.

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

87 BGHZ 37, 299 (301); KKRM/Kindler HGB § 110 Rn. 3.

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

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

Fall ausscheidet (Subsidiarität).⁹⁰ Darüber hinaus kann jeder Gesellschafter auch nur anteilig (pro rata) in Höhe seiner Verlustbeteiligung (§ 121 III HGB) in Anspruch genommen werden.⁹¹

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,⁹² soweit 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.⁹³ 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.⁹⁴ Es liegen mithin Verluste iSd § 110 I Alt. 2 HGB vor. Nicht erfasst sind hingegen immaterielle Schäden, sodass die Zahlung eines Schmerzensgeldes ausscheidet.⁹⁵ A muss sich hinsichtlich der Unfallschäden auch nicht zuerst an D wenden, da § 110 HGB keine subsidiäre Haftung begründet.⁹⁶ Demgegenüber scheidet eine Inanspruchnahme von B und C gem. § 128 HGB aus, da diese Bestimmung auf Sozialverbindlichkeiten grundsätzlich nicht anwendbar ist.

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).

278

Der *Kapitalanteil* ist ein Posten in der Bilanz, der das Verhältnis der Beteiligungen der Gesellschafter am Wert des Gesellschaftsvermögens in einer bestimmten Geldgröße widerspiegelt.⁹⁷ 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.⁹⁸ Damit unterscheidet er sich vom Anteil eines Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen.⁹⁹ Weiterhin begründet der Kapitalanteil keine Forderung des Gesellschafters gegen die OHG oder umgekehrt.¹⁰⁰ Verfügungen über den Kapital-

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

91 Baumbach/Hopt/Roth HGB § 128 Rn. 27; EBJS/Bergmann HGB § 110 Rn. 29.

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

93 MüKoHGB/Langheim § 110 Rn. 19

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

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

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

97 EBJS/Ehricke HGB § 120 Rn. 57; KKRM/Kindler HGB § 120 Rn. 7; MüKoHGB/Priester § 120 Rn. 84.

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

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

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

anteil (zB Abtretung, Verpfändung) sind deshalb nicht möglich.¹⁰¹ Die Bildung des Kapitalanteils erfolgt für jeden Gesellschafter gesondert, in der Regel am Ende eines Geschäftsjahrs. 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.¹⁰² 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

- 279 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.¹⁰³ 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.¹⁰⁴ Das Entnahmerecht deckt sich somit nicht zwangsläufig mit dem nach § 121 I HGB ermittelten Betrag. Beschränkungen des Entnahmerechts können

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

102 KKRM/Kindler HGB § 120 Rn. 7; MüKoHGB/Priester § 120 Rn. 88; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 120 Rn. 14.

103 Baumbach/Hopt/Roth HGB § 122 Rn. 1; KKRM/Kindler HGB § 122 Rn. 2.

104 Kindl GesR § 15 Rn. 15.

sich zudem ausnahmsweise aus der gesellschaftlichen Treuepflicht ergeben.¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶ 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 zurück zu gewähren. Die Rückzahlung kann auch von einem einzelnen Gesellschafter nach den Grundsätzen der *actio pro socio* geltend gemacht werden.¹⁰⁷ 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

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 ablieferiert 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.¹⁰⁸ 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).

280

b) Eine spezielle Ausprägung der gesellschaftlichen Treuepflicht ist das *Wettbewerbsverbot*, das anders als bei der GbR in § 112 HGB ausdrücklich geregelt ist. Danach ist

281

¹⁰⁵ BGHZ 132, 263 (276); Baumbach/Hopt/Roth HGB § 122 Rn. 9; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 122 Rn. 6.

¹⁰⁶ Baumbach/Hopt/Roth HGB § 122 Rn. 12; EBJS/Ehricke HGB § 122 Rn. 35; MüKoHGB/Priester § 122 Rn. 26.

¹⁰⁷ BGH WM 1967, 1099 (1101); MüKoHGB/Priester § 122 Rn. 45.

¹⁰⁸ KKRM/Kindler HGB § 111 Rn. 1; MüKoHGB/Langhein § 111 Rn. 15.

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.¹⁰⁹ 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.¹¹⁰ Dabei ist der sachlich relevante Markt (Handelszweig der Gesellschaft) grundsätzlich mit Blick auf den im Gesellschaftsvertrag festgelegten Zweck der OHG zu bestimmen.¹¹¹ 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.¹¹² 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.¹¹³ 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. Daraus 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).¹¹⁴ 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.¹¹⁵

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.¹¹⁶ 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.¹¹⁷ Dagegen findet das Wettbewerbsverbot des § 112 I Alt. 2 HGB grundsätzlich keine Anwendung auf gesetzestypisch ausgestaltete Beteiligungen mit *beschränkter persönlicher Haftung* (insbesondere Kommanditisten).¹¹⁸ Etwas anderes kommt lediglich ausnahmsweise in Betracht, wenn die Rechtsmacht des Gesellschafters im Unternehmen weitgehend derjenigen eines persönlich haftenden angenähert ist.¹¹⁹ Besondere

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

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

111 BGHZ 89, 162 (170); Schwerdtfeger/*Lehleiter* HGB § 112 Rn. 7.

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

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

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

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

116 BGHZ 38, 306; Schwerdtfeger/*Lehleiter* HGB § 112 Rn. 8.

117 BGHZ 70, 331 (334); Baumbach/Hopt/*Roth* HGB § 112 Rn. 6.

118 Baumbach/Hopt/*Roth* HGB § 112 Rn. 6; MüKoHGB/*Langhein* § 112 Rn. 17f.

119 EBJS/*Bergmann* HGB § 112 Rn. 14; Röhricht/v. Westphalen/Haas/*Haas* HGB § 112 Rn. 8f.

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.¹²⁰ 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.¹²¹ 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.¹²² 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.¹²³ Darüber hinaus kann sich eine Unwirksamkeit unter Umständen auch aus dem Kartellrecht ergeben.¹²⁴

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

120 EBJS/Bergmann HGB § 112 Rn. 14; MüKoHGB/Langbein § 112 Rn. 17; Röhricht/v. Westphalen/Haas/Haas HGB § 112 Rn. 8; Armbrüster ZIP 1997, 261 (262f.).

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

122 BGHZ 80, 69 (71).

123 BGH NJW 1991, 699; MüKoHGB/Langbein § 112 Rn. 22; Kindler GK HandelsR/GesR § 11 Rn. 19; Mayer NJW 1991, 23 (24).

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

von ihm gemachten Aufwendungen.¹²⁵ Auch etwaige Verluste muss die Gesellschaft in diesem Fall übernehmen.¹²⁶ Die Ausübung des Eintrittsrechts wirkt sich allerdings nur im Innenverhältnis der Gesellschaft aus. Gegenüber außenstehenden Dritten bleibt der Gesellschafter dagegen weiterhin Vertragspartei.¹²⁷ 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 Hs. 1 HGB, wenn dieser schulhaft 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.¹²⁸ Je nach Beschlussgegenstand hat die Beschlussfassung in unterschiedlicher Zusammensetzung zu erfolgen. So ist eine Reihe von Beschlüssen durch *alle Gesellschafter* gemeinsam zu treffen.¹²⁹ 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 Gesamtgeschäftsführerbefugnis (§ 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 Klageerhe-

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

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

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

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

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