

# Gesellschaftsrecht

Mock

2. Auflage 2019  
ISBN 978-3-406-73764-0  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](http://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

[beck-shop.de](http://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](http://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Gesellschafter über mehrere Jahre ändern, so dass zur Absicherung im Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Regelung aufgenommen werden sollte.

Durch § 120 Abs. 1 HGB wird zunächst angeordnet, dass für die Berechnung des Gewinns und des Verlusts bzw. des jeweiligen Anteils eines Gesellschafters die **Bilanz iSv § 242 HGB** maßgeblich ist. Dies ist nicht selbstverständlich, da die Begriffe Gewinn und Verlust nicht in der gesamten Rechtsordnung einheitlich verwendet werden und deutlich unterschiedliche Bedeutung haben können. 325

Für die **Verteilung des Gewinns und des Verlusts zwischen den Gesellschaftern** gilt nach § 121 Abs. 1 HGB, dass jeder Gesellschafter einen Anteil von 4 % seines Kapitalanteils erhält. Reicht der Gewinn hierzu nicht aus, erhält jeder Gesellschafter den entsprechend geringeren Betrag. Verbleibt hingegen nach Berücksichtigung der 4 % noch ein Restbetrag, ist dieser unter den Gesellschaftern nach Köpfen zu verteilen (§ 121 Abs. 3 HGB). Letzteres gilt ebenso für die Verteilung des Verlusts (§ 121 Abs. 3 HGB). Die Kopfregel des § 121 Abs. 3 HGB geht von einer Gleichberechtigung der Gesellschafter aus, was jedenfalls hinsichtlich der unbeschränkten Haftung ohne weiteres einleuchtet. Berücksichtigt man allerdings, dass möglicherweise einzelne Gesellschafter eine höhere Einlage geleistet oder sich jedenfalls zu deren Leistung verpflichtet haben, stößt die Kopfregel des § 121 Abs. 3 HGB schnell an ihre Grenzen und wird daher im Gesellschaftsvertrag zugunsten einer an dem Umfang der Einlage orientierten Verteilungsschlüssel ersetzt. Diese Grundsätze der Gewinn- und Verlustverteilung sollen an folgendem Beispiel veranschaulicht werden: 326

**Beispielfall:** Die X-oHG wurde im Jahr 2017 gegründet. An dieser sind A mit einer Einlage von 200 EUR und B und C mit einer Einlage von jeweils 100 EUR beteiligt. Während A und B ihre Einlagen vollständig geleistet haben, hat C bisher nur den Betrag von 50 EUR geleistet. Der Gesellschaftsvertrag sieht keinerlei Regelung zur Gewinn- und Verlustverteilung vor. 327

**Variante 1:** Im Jahr 2018 weist die Bilanz der X-oHG einen Gewinn von 100 EUR aus.

Nach § 121 Abs. 1 HGB entfällt auf jeden Gesellschafter ein Betrag von 4 % seines Kapitalanteils, so dass A 8 EUR und B 4 EUR erhalten. C erhält aufgrund der unvollständigen Einlageleistung nur 2 EUR (4 % von 50 EUR), da sich der Kapitalanteil zunächst an der erbrachten Einlage orientiert. Damit verbleibt von dem Gewinn von ursprünglich 100 EUR ein Restbetrag von 86 EUR, der nun nach § 121 Abs. 3 HGB nach Köpfen zu verteilen ist, so dass auf jeden Gesellschafter 28,67 EUR entfallen. Bei C ist dabei unbeachtlich, dass die Einlage noch nicht vollständig geleistet wurde, da es in diesem Zusammenhang allein auf die Anzahl der Gesellschafter ankommt. Somit verteilt sich der Gewinn von 100 EUR folgendermaßen:

$$A = 8 \text{ EUR} + 28,67 \text{ EUR} = \underline{36,67 \text{ EUR}}$$

$$B = 4 \text{ EUR} + 28,67 \text{ EUR} = \underline{32,67 \text{ EUR}}$$

$$C = 2 \text{ EUR} + 28,67 \text{ EUR} = \underline{30,67 \text{ EUR}}$$

**Variante 2:** Im Jahr 2018 weist die Bilanz der X-oHG einen Verlust von 150 EUR aus.

Nach § 121 Abs. 3 HGB muss der Verlust nach Köpfen verteilt werden. Somit entfallen auf A, B und C jeweils 50 EUR. Bei C ist dabei unbeachtlich, dass die Einlage noch nicht vollständig geleistet wurde, da es in diesem Zusammenhang allein auf die Anzahl der Gesellschafter ankommt.

- 328 Diese ermittelte Gewinn- und Verlustverteilung zwischen den Gesellschaftern bedarf dann einer bilanziellen Verbuchung. Dabei gilt für die oHG der Grundsatz, dass ein Gewinn dem **Kapitalanteil des Gesellschafters** zu- und ein Verlust entsprechend abzuschreiben ist (§ 120 Abs. 2 HGB). Weist die Gesellschaft daher über mehrere Jahre einen Gewinn aus, kann dies zu signifikanten Erhöhungen des Kapitalanteils der Gesellschafter und damit des im Rahmen der Verzinsung mit 4% sich ergebenden absoluten Betrags bei § 121 Abs. 1 HGB führen. Damit erlangt die Kopfregel des § 121 Abs. 3 HGB – sofern von dieser im Gesellschaftsvertrag nicht abgewichen wurden – große Bedeutung, da damit langfristig eine Verschiebung der Gewinn- oder Verlustbeteiligung zwischen den Gesellschaftern verbunden ist. In Fortführung des in → Rn. 327 gebildeten Beispiels ergibt sich folgendes Bild:

- 329 **Fortsetzung Variante 1:** Im Jahr 2018 weist die Bilanz der X-oHG einen Gewinn von 100 EUR aus, von dem auf A 36,67 EUR, auf B 32,67 EUR und auf C 30,67 EUR entfallen, was sich aus der Verzinsung des Kapitalanteils mit 4% (§ 121 Abs. 1 HGB) und der Verteilung nach Köpfen (§ 121 Abs. 3 HGB) ergibt (→ Rn. 327).

Dieser auf die einzelnen Gesellschafter verteilte Gewinn wird nun bei allen dem jeweiligen Kapitalanteil zugeschrieben (§ 120 Abs. 2 HGB). Daher erhöht sich der Kapitalanteil von A auf 236,67 EUR, der von B auf 132,67 EUR und der von C auf 80,67 EUR.

Unterstellt man nun, dass die X-oHG in den folgenden Jahren immer weitere Gewinne erwirtschaftet, würde sich der Unterschied zwischen den Kapitalkonten zwischen den einzelnen Gesellschaftern immer weiter marginalisieren, was auf die Kopf-Verteilungsregel des § 121 Abs. 3 HGB zurückzuführen ist, von der aus diesem Grund im Gesellschaftsvertrag auch typischerweise abgewichen wird.

**Fortsetzung Variante 2:** Im Jahr 2018 weist die Bilanz der X-oHG einen Verlust von 150 EUR aus, von dem auf A, B und C aufgrund der Kopfregel des § 121 Abs. 3 HGB jeweils 50 EUR entfallen.

Dieser auf die einzelnen Gesellschafter verteilte Verlust wird nun bei allen vom jeweiligen Kapitalanteil abgeschrieben (§ 120 Abs. 2 HGB). Daher vermindert sich der Kapitalanteil von A auf 150,00 EUR, der von B auf 50,00 EUR und der von C auf 0 EUR.

Unterstellt man nun, dass die X-oHG in den folgenden Jahren immer weitere Verluste erwirtschaftet, würde mittel- bis langfristig allein der Kapitalanteil von A einen positiven Betrag ausweisen, so dass er der Einzige wäre, der von der Verzinsung mit 4% (§ 121 Abs. 1 HGB) profitieren würde. Dieser Effekt würde aber durch die fortlaufende Reduzierung seines Kapitalanteils durch die unterstellten Verluste immer kleiner werden.

Die auf die einzelnen Gesellschafter entfallenen Gewinne und Verluste und deren Verbuchung sind schließlich vom sog. **Entnahmerecht** der Gesellschafter zu unterscheiden. Denn insbesondere durch die Verbuchung der Gewinne hat der Gesellschafter noch nicht automatisch einen Anspruch auf Auszahlung gegenüber der oHG. Ein solches Entnahmerecht steht dem Gesellschafter aber zunächst in Höhe von 4 % bezogen auf den für das letzte Geschäftsjahr festgestellten Kapitalanteil zu (§ 122 Abs. 1 HGB). Darüber hinaus kann er aber auch seinen darüber hinausgehenden Gewinnanteil entnehmen, sofern dies nicht zum offenbaren Schaden der Gesellschaft gereicht (§ 122 Abs. 1 Hs. 2 HGB). Möchte der Gesellschafter schließlich darüber hinaus Entnahmen tätigen, was nur durch Reduzierung seines Kapitalanteils möglich ist, bedarf er dazu der Einwilligung der anderen Gesellschafter. In Fortführung des in → R.n. 327 gebildeten Beispiels ergibt sich folgendes Bild:

**Fortsetzung Variante 1:** Im Jahr 2018 weist die Bilanz der X-oHG einen Gewinn von 100 EUR aus, von dem auf A 36,67 EUR, auf B 32,67 EUR und auf C 30,67 EUR entfallen (→ R.n. 327). Damit betragen die Kapitalanteile nunmehr für A 236,67 EUR, für B 132,67 EUR und für C 80,67 EUR (→ R.n. 329).

A kann im Folgejahr nach § 122 Abs. 1 HGB den Betrag von 36,67 EUR entnehmen, soweit dies nicht zum Schaden der X-oHG gereicht. B kann seinen Gewinnanteil von 32,67 EUR entnehmen, soweit auch dies nicht zum Schaden der X-oHG gereicht. Auch C kann seinen Gewinnanteil von 30,67 EUR entnehmen, da sein Kapitalanteil dadurch nicht unter den auf die bedungene Einlage geleisteten Betrag von 50 EUR herabgemindert wird. Der Umstand, dass er seine Einlage bisher nicht vollständig erbracht hat, steht dem nicht entgegen.

**Fortsetzung Variante 2:** Im Jahr 2018 weist die Bilanz der X-oHG einen Verlust von 150 EUR aus, von dem auf A, B und C jeweils 50 EUR entfallen. Damit betragen die Kapitalanteile nunmehr für A 150,00 EUR, für B 50,00 EUR und für C 0 EUR.

Im Folgejahr sind nach § 122 Abs. 1 HGB A und B trotz des Verlusts berechtigt, den Betrag von 6 EUR bzw. 2 EUR zu entnehmen, da dies 4 % ihrer im letzten Jahr festgestellten Kapitalanteils entspricht. C kann hingegen keine Verzinsung entnehmen, da sein Kapitalanteil einen Betrag von 0 EUR ausweist. Aufgrund des fehlenden Gewinns im Vorjahr ist eine darüber hinausgehende Entnahme nur bei Verminderung des Kapitalanteils mit Zustimmung aller Gesellschafter möglich (§ 122 Abs. 2 HGB).

**Merksatz:** Hinsichtlich der Vermögensrechte der Gesellschafter einer oHG muss zwischen der Verteilung von Gewinn und Verlust, deren Verbuchung und dem Entnahmerecht unterschieden werden.

#### b) Der Anspruch auf Aufwendungsersatz

Neben seiner Beteiligung am Gewinn und Verlust der oHG hat jeder Gesellschafter auch einen Anspruch auf Ersatz der Aufwendungen, die er in Angelegenheiten der oHG tätigt (§ 110 HGB). Dieser Ersatzanspruch beschränkt sich aber nur auf die Aufwendungen, die der Gesellschafter **außerhalb seiner Bei-**

**tragspflicht** (→ R.n. 334 ff.) erbringt und die er für erforderlich halten durfte. Der wohl wichtigste Anwendungsfall dieses Aufwendungsersatzanspruchs ist der Rückgriff des Gesellschafters nachdem er gegenüber einem Gesellschaftersgläubiger auf die Verbindlichkeit der oHG geleistet hat (→ R.n. 364). Darüber hinaus kann der Gesellschafter von der oHG aber auch **Ersatz für Verluste** verlangen, die er im Rahmen seiner Geschäftsführung erlitten hat. Dieser Anspruch wird allerdings in der Regel durch den Gesellschaftsvertrag konkretisiert. Bei dem Ersatzanspruch des § 110 HGB ist schließlich zu beachten, dass es sich dabei um einen (einfachen) Aufwendungsersatzanspruch handelt, der – ebenso wie die allgemeinen zivilrechtlichen Ersatzansprüche – kein Verschulden voraussetzt. Allerdings kann eine Geschäftsführungsmaßnahme pflichtwidrig sein und damit einen Schadenersatzanspruch des Gesellschafters gegenüber der oHG begründen, bei dem dann der Aufwendungsersatzanspruch des Gesellschafters aus § 110 HGB als Schadensposition Berücksichtigung finden kann.

- 333 Beispielsfall:** A, B und C sind Gesellschafter der L-oHG, die eine Kfz-Werkstatt betreibt. Bei der Reparatur eines Fahrzeuges unterläuft A aufgrund einer massiven Unachtsamkeit ein gravierender Fehler bei der Montage eines Reifens am Fahrzeug der X. Kurz nachdem X ihr Fahrzeug bei der Werkstatt abgeholt hat, bleibt das Fahrzeug aufgrund des Montagefehlers liegen. Da X, die zu einem wichtigen Termin muss, eine gute Kundin der L-oHG ist, der Schaden kurzfristig nicht repariert werden kann und kein anderes Ersatzfahrzeug verfügbar ist, überlässt A der X sein Privatfahrzeug für zwei Tage, was einem Nutzungswert von 500 EUR entspricht. Als A von der L-oHG Zahlung der 500 EUR verlangt, verweisen B und C ihn darauf, dass der L-oHG durch die fehlerhafte Montage ein Schaden von 500 EUR entstanden ist, da dieser Betrag notwendig war, um die fehlerhafte Montage durch A zu beheben. Kann A von der L-oHG Zahlung von 500 EUR verlangen?

A könnte gegen die L-oHG einen Anspruch auf Zahlung von 500 EUR aus § 110 HGB haben. Die L-oHG wurde wirksam durch A, B und C gegründet. Weiterhin müsste A nach § 110 HGB erforderliche Aufwendungen getätigt oder aber durch seine Geschäftsführung oder aus Gefahren, die mit ihr untrennbar verbunden sind, Verluste erlitten haben. Unter Aufwendungen werden im Rahmen von § 110 HGB – ebenso wie bei § 670 BGB – freiwillige Vermögensopfer verstanden. Durch die Überlassung seines Privatfahrzeuges an X hat A solche Aufwendungen getätigt. Diesen waren auch erforderlich, da die Reparatur des Fahrzeuges des X innerhalb der vereinbarten Zeit nicht ordnungsgemäß bewerkstelligt werden konnte und durch die Überlassung des Privatfahrzeuges von A an X ein weiterer Schaden von der L-oHG abgewendet wurde. Damit liegen die Voraussetzungen von § 110 HGB vor. In diesem Zusammenhang unbeachtlich ist der Umstand, dass A die fehlerhafte Reparatur des Fahrzeuges von X und damit die Notwendigkeit der Überlassung seines Privatfahrzeuges an X selbst verschuldet hat, da der Aufwendungsersatzanspruch des § 110 HGB verschuldensunabhängig ist. A hat daher einen Anspruch gegen die L-oHG auf Zahlung von 500 EUR aus § 110 HGB.

**Klausurhinweis:** Grundsätzlich könnte in diesem Zusammenhang noch eine Aufrechnung der L-oHG gegen A wegen des Ersatzanspruchs geprüft werden, für die aber eine Aufrechnungserklärung notwendig wäre. Das gleiche gilt für ein mögliches Zurückbehaltungsrecht nach § 273 BGB, für das es aber an der Konnexität der beiden Ansprüche fehlt.

### 3. Pflichten der Gesellschafter

#### a) Leistung der Einlage

Eine zentrale Pflicht der Gesellschafter ist die **Leistung der im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Einlage**, so dass auch bei der oHG – ebenso wie bei der (Außen-)GbR (→ Rn. 304) – keine Nachschusspflicht besteht, sofern eine solche nicht vereinbart wurde (§ 105 Abs. 3 HGB, § 707 BGB). Die Einlage muss dabei nicht zwangsläufig durch Zahlung eines Geldbetrages erfolgen, sondern kann auch als Sacheinlage geleistet werden, sofern der Gesellschaftsvertrag dies gestattet. Die sich vor allem bei der KG (→ Rn. 450) und den Kapitalgesellschaften (→ Rn. 564) stellende Bewertungsproblematik bei Sacheinlagen stellt sich dabei bei der oHG aufgrund der unbeschränkten Haftung der Gesellschafter (→ Rn. 355 ff.) nicht, sofern die Gesellschafter diese ausdrücklich vereinbaren. Darüber hinaus trifft die Gesellschafter aber auch die **Treuepflicht** (dazu die Ausführungen zur (Außen-)GbR → Rn. 206 ff.). Für den Aufbau im Rahmen der Prüfung eines Anspruchs der oHG → Rn. 366.

#### b) Wettbewerbsverbot

Eine besondere (normative) Ausprägung hat das **Wettbewerbsverbot** in den §§ 112 f. HGB erfahren, so dass dieses – im Gegensatz zur (Außen-)GbR 206 f. – bei der oHG nicht aus der allgemeinen Treuepflicht abgeleitet werden muss. Danach darf ein Gesellschafter ohne eine Einwilligung der anderen Gesellschafter weder in dem Handelszweig der Gesellschaft Geschäfte machen noch an einer gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen. Damit wird die oHG gleich in doppelter Weise gegen eine Konkurrenzfähigkeit ihrer Gesellschafter geschützt. Denn diese dürfen weder selbst noch im Rahmen einer Handelsgesellschaft im Handelszweig der Gesellschaft tätig sein. Ausgangspunkt für die Bestimmung der Reichweite dieses Verbots ist zunächst der im Gesellschaftsvertrag festgelegte Unternehmensgegenstand. Allerdings kann sich der Gesellschaftszweck nach der Gründung der oHG auch verändern, ohne dass dies immer zwingend durch eine Anpassung des Gesellschaftsvertrages nachgezeichnet wird. Soweit darin eine jedenfalls konkludente Änderung des Gesellschaftsvertrages oder eine Einwilligung gesehen werden kann, verändert sich auch die Reichweite des Wettbewerbsverbots entsprechend. Das Wettbewerbsverbot ist aber nicht zwingend. Vielmehr können die Gesellschafter auch darin einwilligen, dass die Gesellschafter in dem Handelszweig der Gesellschaft Geschäfte machen oder an einer gleichartigen Handelsgesellschaft als persönlich haftender Gesellschafter teilnehmen. Nach § 112 Abs. 2 HGB ist von einer Erteilung einer solchen Einwilligung für die Teilnahme als persönlich haftender Gesellschafter an einer gleichartigen Handelsgesellschaft – nicht aber für die Vornahme eigener Geschäfte – auszugehen, wenn dies bereits bei der Gründung der oHG der Fall und den übrigen Gesellschaftern auch bekannt war, ohne dass die Aufgabe der Beteiligung ausdrücklich vereinbart wurde.

Auch wenn § 112 HGB ausdrücklich die Möglichkeit einer Einwilligung vorsieht, wird davon im Gesellschaftsvertrag typischerweise dahingehend abgewichen, dass für die Einwilligung bereits ein **Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter** ausreicht, bei dem der betroffene Gesellschafter allerdings selbst nicht mitwirken kann (BGHZ 80, 69 (71); Staub/Schäfer § 112 Rn. 31). Die Aufnahme einer solchen Klausel im Gesellschaftsvertrag ist allerdings nicht ungefährlich, da die oHG durch die Wettbewerbstätigkeit erhebliche Einbußen erleiden kann. Diese können sich vor allem daraus ergeben, dass der vom Wettbewerbsverbot freigestellte Gesellschafter Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse an den Wettbewerber verrät. Letzterer Aspekt stellt zwar eine Verletzung der Treuepflicht dar (→ Rn. 206), ist aber in der Sanktionierung natürlich einer Reihe von faktischen Beschränkungen ausgesetzt. Auf der anderen Seite ist die Erteilung einer Einwilligung ohne eine einen Mehrheitsbeschluss gestattende Klausel im Gesellschaftsvertrag oftmals nahezu unmöglich bzw. nur mit weitreichenden Zugeständnissen des betroffenen Gesellschafters in anderen Angelegenheiten möglich, da letztlich jeder einzelne Gesellschafter die Möglichkeit hat, die Erteilung der Einwilligung zu verhindern.

- 336 Rechtsfolge des Wettbewerbsverbots** ist eine Schadenersatzpflicht des Gesellschafters gegenüber der oHG, der das Wettbewerbsverbot verletzt hat (§ 113 Abs. 1 Hs. 1 HGB). Darüber hinaus kann die oHG aber auch verlangen, dass die von ihm getätigten Geschäfte als für Rechnung der oHG eingegangen gelten und er die bezogene Vergütung herausgibt bzw. den Vergütungsanspruch abtritt (§ 113 Abs. 1 Hs. 2 HGB). Zudem kann die oHG auch ein Unterlassen der gegen das Wettbewerbsverbot verstoßenden Tätigkeit verlangen. Ob und welche dieser Möglichkeiten von der oHG gewählt werden, muss im Wege der Beschlussfassung der Gesellschafter geklärt werden (§ 113 Abs. 2 HGB), bei der der betroffene Gesellschafter nicht mitstimmen darf. Die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs ist dabei nur sinnvoll, wenn der oHG auch tatsächlich ein Schaden entstanden ist, was nicht zwingend der Fall sein muss. In einem solchen Fall kann es oftmals besser für die oHG sein, die von dem jeweiligen Gesellschafter getätigten Geschäfte als für Rechnung der oHG gelten zu lassen und die Vergütung zu beanspruchen. Schließlich kann die Verletzung des Wettbewerbsverbot auch eine Kündigung der oHG (→ Rn. 382 ff.) rechtfertigen, was durch § 113 Abs. 4 HGB nicht ausgeschlossen wird. Eine Kündigung ist aber nur in dem Fall einer nachhaltigen Beeinträchtigung der Geschäftstätigkeit der oHG denkbar.

- 337 Beispiel:** Die von A, B und C gegründete X-oHG betreibt einen Kfz-Reparaturbetrieb in einer Kleinstadt. Aufgrund eines Großauftrages für ein Transportunternehmen ist die Werkstatt für mehrere Wochen komplett ausgelastet. Da die X-oHG daraufhin eine Reihe von anderen Kunden wegschicken muss, bietet sich A bei diesen an, die Fahrzeuge selbst und ohne Beteiligung seiner Mitgesellschafter zu reparieren.

**Variante 1:** Bei der Reparatur der Fahrzeuge macht A einen Gewinn von insgesamt 500 EUR.

In diesem Fall werden B und C sich im Zweifel dafür entscheiden, die von A getätigten Geschäfte als für Rechnung der oHG gelten zu lassen und die Vergütung geltend zu

machen, so dass die X-oHG einen Anspruch auf Zahlung von 500 EUR gegen A hat (§ 112 Abs. 1 Hs. 2 HGB).

Die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs nach § 112 Abs. 1 Hs. 1 HGB gegen A scheidet vorliegend hingegen aus, da es der X-oHG schon an einem ersetzbaren Schaden fehlt. Denn aufgrund der vollständigen Auslastung mit dem Großauftrag für das Transportunternehmen, hätte die X-oHG die Reparatur der übrigen Kunden nicht ausführen können.

**Variante 2:** Aufgrund einer Unaufmerksamkeit nimmt A die Reparatur des Fahrzeuges des Kunden L, die für ihn einen Gewinn von 500 EUR abwirft, mangelhaft vor, der kurz darauf deswegen einen Unfall verursacht. Es entsteht ein Schaden von 1.000 EUR.

In dieser Variante werden sich B und C hingegen nicht dafür entscheiden, die von A getätigten Geschäfte als für Rechnung der oHG gelten zu lassen und die Vergütung zu beanspruchen. Denn § 112 Abs. 1 Hs. 2 HGB erstreckt sich auch auf mögliche Verluste, so dass A dann von der X-oHG nach der Saldierung der Gewinne und Verluste dieses Geschäfts mit X Zahlung von 500 EUR verlangen könnte. Insofern werden B und C vorliegend davon Abstand nehmen.

Die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs gegen A durch die oHG scheidet vorliegend hingegen aus, da es der X-oHG schon an einem ersetzbaren Schaden fehlt (vgl. Variante 1).

Die fehlende Geltendmachung von Ansprüchen gegen A bedeutet allerdings nicht automatisch, dass B und C eine Einwilligung gegenüber A zur Aufnahme einer wettbewerbsverbotswidrigen Tätigkeit erteilt haben. Von einer solchen konkludent erteilten Einwilligung wird erst dann auszugehen sein, wenn A über einen längeren Zeitraum mit Wissen von B und C gegen das Wettbewerbsverbot verstoßen hat, ohne dass B und C dagegen eingeschritten sind.

**Merksatz:** Die Gesellschafter einer oHG unterliegen nach §§ 112 f. HGB einem Wettbewerbsverbot, bei dessen Verletzung sie der oHG nicht nur zum Schadenersatz verpflichtet sind, sondern diese auch verlangen kann, dass die von einem Gesellschafter getätigten Geschäfte als für Rechnung der oHG eingegangen gelten und die Gesellschafter die bezogene Vergütung herausgeben bzw. den Vergütungsanspruch abtreten. Zudem besteht ein Unterlassungsanspruch der oHG gegen den Gesellschafter.

#### IV. Die Willensbildung der Gesellschafter (Beschlussfassung)

Die Beschlussfassung bei der oHG hat der historische Gesetzgeber lediglich **338** in § 119 HGB geregelt, der sich aber nur auf die Ermittlung der für die Beschlussfassung notwendigen **Stimmmehrheiten** beschränkt. Danach bedarf ein Beschluss der Gesellschafter der Zustimmung aller zur Mitwirkung bei der Beschlussfassung berufenen Gesellschafter (§ 119 Abs. 1 HGB). Sieht der Gesellschaftsvertrag eine Beschlussfassung durch eine Mehrheit vor, so soll diese im Zweifel nach der Zahl der Gesellschafter berechnet werden (§ 119 Abs. 2 HGB).



Der **Hintergrund** für diese fast schon stiefmütterliche Regelung dürfte in dem Umstand zu sehen sein, dass der historische Gesetzgeber die oHG als einen Zusammenschluss von nur wenigen Personen verstanden hat, die – wie etwa auch die Vorschriften zur Geschäftsführung (→ Rn. 343 ff.) und zur Vertretung (→ Rn. 348 ff.) zeigen – die oHG gemeinsam führen und somit in einem unmittelbaren und fortwährenden Kontakt miteinander stehen, so dass eine Beschlussfassung auf gesonderten Gesellschafterversammlungen selten oder nie notwendig ist. Die gesellschaftsrechtliche Praxis hat allerdings gezeigt, dass ein deutlich **größeres Regelungsbedürfnis** auch bei der oHG besteht, dem im Wesentlichen durch eine umfassende Gestaltungspraxis in den Gesellschaftsverträgen nachgekommen wird. Die dabei adressierten Aspekte sind nicht auf die oHG beschränkt, sondern stellen sich in mehr oder weniger gleicher Form auch bei anderen Gesellschaftsformen (für die KG → Rn. 433 und für die GmbH → Rn. 593 ff.). Dabei handelt es sich um die Frage der **Einberufung und Organisation der Gesellschafterversammlung** (→ Rn. 339), der **Zuständigkeitskompetenzen der Gesellschafterversammlung** (→ Rn. 340), der **Stimmabgabe im Vorfeld oder auf der Gesellschafterversammlung** (dazu ausführlich bei der GbR → Rn. 341), der **Mehrheitserfordernisse bei der Beschlussfassung** (→ Rn. 342) und schließlich um die Frage nach der **Behandlung fehlerhaft zustande gekommener Beschlüsse** (→ Rn. 342).

- 339** Eine eigenständige Gesellschafterversammlung wird in den §§ 105 ff. HGB nicht erwähnt. Vielmehr wird mehrfach von einer **Beschlussfassung durch alle Gesellschafter** gesprochen. Von einer (eigenständigen) Gesellschafterversammlung ist aber in jedem Fall auszugehen, wenn eine solche im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist. Sobald dies der Fall ist, wird das Verfahren der Beschlussfassung formalisiert, so dass die vorgesehenen Verfahren zur Einberufung und Organisation der Gesellschafterversammlung zu beachten sind. Dies schließt zwar nicht aus, dass sich die Gesellschafter auch außerhalb dieser formalisierten Gesellschafterversammlung einfinden und einen Gesellschafterbeschluss fassen. Dessen Wirksamkeit hängt dann aber in der Regel davon ab, dass entweder alle Gesellschafter mitgestimmt haben oder sich nachträglich mit dem Beschluss einverstanden erklären.
- 340** Die Frage der **Zuständigkeit der Gesellschafter** auf einer gegebenenfalls vorgesehenen Gesellschafterversammlung wird von den §§ 105 ff. HGB nur ansatzweise adressiert und ist im Grundsatz nur anzunehmen, wenn eine solche Beschlussfassung vorgesehen ist. Darüber hinaus bedarf vor allem die Änderung des Gesellschaftsvertrages der Zustimmung aller Gesellschafter, was in den §§ 105 ff. HGB zwar nicht ausdrücklich erwähnt, sich aber aus der Natur der Sache ergibt. Keine Zuständigkeit der Gesellschafter in ihrer Gesamtheit im Wege der Beschlussfassung ist die teilweise vorgesehene **Einwilligung der Gesellschafter** (§§ 112, 122 Abs. 2 HGB). Denn diese Einwilligung geben die Gesellschafter nicht als Beschluss, sondern vielmehr als Individualerklärung ab (Staub/Schäfer § 112 Rn. 26; aA aber Grunewald § 2 Rn. 28).
- 341** Für die Mehrheitserfordernisse bei der Beschlussfassung kann bei der oHG auf § 119 HGB zurückgegriffen werden. Dabei ist im Grundsatz davon auszugehen, dass ein Gesellschafterbeschluss immer der Zustimmung aller Gesellschafter bedarf (§ 119 Abs. 1 HGB). Sieht der Gesellschaftsvertrag eine